

STICHTING DIGIDISPUUT

Enschede

Beslissing van de geschillencommissie van 30 december 2022

In de zaak van

[consument],
woonplaats: [woonplaats],
eiser, hierna ook: “[consument]”,
in persoon procederende,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[handelaar], t.h.o.d.nn. **[handelsnaam 1]** en **[handelsnaam 2]**,
vestigingsplaats: [vestigingsplaats],
verweerster, hierna ook: “[handelaar]”,
vertegenwoordigers: [naam 1] en [naam 2], bestuurders.

1. Het verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure volgt uit:

- de procesinleiding (met bijlage(n)) van [consument];
- het verweerschrift (met bijlage(n)) van [handelaar];
- het verhandelde ter gelegenheid van de mondelinge behandeling;
- de nadere reactie (met bijlage(n)) van [handelaar];
- de nadere reactie van [consument].

1.2. Van de mondelinge behandeling is een geluidsopname gemaakt. Ten slotte is de beslissing bepaald.

2. De vaststaande feiten

2.1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend of niet betwist, zal de geschillencommissie uitgaan van de volgende feiten. Op 22 april 2022 heeft [consument], via de website van [handelaar], enkele houten plinten gekocht van [handelaar]. De koopprijs bedraagt € 112,50 en is volledig betaald. Op 23 april 2022 heeft [consument] de houten plinten opgehaald bij een vestiging van bouwmarkt [naam 3].

3. Het geschil

3.1. [consument] heeft gevorderd als vermeld in de procesinleiding (met bijlage(n)). [handelaar] heeft verweer gevoerd.

3.2. Op de stellingen van de partijen zal hierna, voor zover van belang, worden ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Voordat de geschillencommissie het geschil inhoudelijk kan behandelen en beslissen, moet zij haar bevoegdheid en de omvang daarvan vaststellen.¹ Op grond van art. 6 lid 1 EVRM, art. 47 Handvest Grondrechten EU en art. 17 Gw hebben de partijen het recht op toegang tot de overheidsrechter (*ius de non evocando*).² Art. 6 lid 1 EVRM is van toepassing, omdat het geschil, zoals hierna zal blijken, betrekking heeft op burgerlijke rechten en verplichtingen van de partijen, die aan het nationale recht kunnen worden ontleend.³ Art. 47 Handvest Grondrechten EU is van toepassing, omdat de bedoelde rechten en verplichtingen mede uit omgezette EU-richtlijn(en) voortvloeien (art. 51 lid 1 Handvest Grondrechten EU).⁴

4.2. Door de beslechting van het geschil door onzuiver bindend advies, bedoeld in art. 7:900 lid 2 BW, wordt inbreuk gemaakt op het recht van de partijen op toegang tot de overheidsrechter. Echter, de partijen hebben daarvoor vrijwillig en ondubbelzinnig gekozen en die keuze ter gelegenheid van de mondelinge behandeling uitdrukkelijk bevestigd. Daarom is de geschillencommissie bevoegd om het geschil inhoudelijk te behandelen en te beslissen.⁵

4.3. De partijen hebben de toepasselijkheid van het Procesreglement⁶ aanvaard. [consument] ter gelegenheid van de aanmelding van het geschil bij de geschillencommissie en [handelaar] bij aangaan van haar rechtsbetrekking met Stichting WebwinkelKeur. Omdat de geschillencommissie niet is gebleken van een andersluidende afspraak tussen de partijen, zal zij het geschil inhoudelijk behandelen en beslissen aan de hand van de geldende wet- en regelgeving. In het belang van de rechtszekerheid van de partijen zullen in beginsel de bewijsregels, voorzien in Afd. 9, Titel 2, Boek 1 Rv, naar analogie worden toegepast (art. 6 Procesreglement). De geschillencommissie zal het geschil nu inhoudelijk behandelen en beslissen en zal daarbij eerst aandacht schenken aan de Richtlijn consumentenrechten.

De Richtlijn consumentenrechten en de informatieplichten

4.4. Uit de stellingen van de partijen en de door hen overgelegde stukken volgt dat de hierna te bespreken overeenkomst, een overeenkomst op afstand is in de zin van art. 2 onder 7° Richtlijn consumentenrechten en art. 6:230g lid 1 sub e BW. In voorkomende gevallen is de overheidsrechter gehouden om ambtshalve te onderzoeken of [handelaar] aan de (toepasselijke) informatieplichten heeft voldaan, voor zover die zijn voorzien in art. 6:230m lid 1 sub a, b, c, e, f, g, h, i, j, o en p BW, art. 6:230t lid 2 BW en art. 6:230v lid 3 en 7 BW. Dat zijn de essentiële informatieplichten en de informatieplichten waaraan de wet bij niet-naleving ervan specifieke maatregelen verbindt. De overheidsrechter moet aan een eventuele schending van de (toepasselijke) informatieplichten in beginsel een passende maatregel verbinden. Dat hoeft in

¹ Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:817, *ORP* 2015/154.

² Hof Amsterdam 17 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX3835, *NJF* 2012/358.

³ EHRM 28 september 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0928JUD001534689, *NJ* 1995/726, m.nt. E.A. Alkema (*Masson e.a./Nederland*).

⁴ HvJ EU 26 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:105, *NJ* 2013/348, m.nt. M.R. Mok (*Åklagaren/Åkerberg Fransson*).

⁵ P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2012, p. 24.

⁶ <https://www.digidispuut.nl/procesreglement/>.

ieder geval niet als de consument zich daartegen verzet.⁷ De bedoelde verplichtingen rusten, naar analogie, ook op de geschillencommissie.⁸ Het ligt op de weg van [handelaar] om te stellen en met bewijsmiddelen te onderbouwen dat zij aan de (toepasselijke) informatieplichten heeft voldaan (art. 6:230n lid 4 BW).⁹ In geval van een schending van de (toepasselijke) essentiële informatieplichten, sluit de geschillencommissie in beginsel aan bij de Richtlijn Sanctiemodel essentiële informatieplichten.¹⁰ Dat is in het belang van de rechtszekerheid van de partijen.¹¹

4.5. De geschillencommissie heeft [handelaar] in de gelegenheid gesteld om met bewijsmiddelen te onderbouwen dat zij aan de (toepasselijke) informatieplichten heeft voldaan. Van die gelegenheid heeft [handelaar] gebruik gemaakt. [consument] heeft op zijn beurt gereageerd. Naar het oordeel van de geschillencommissie volgt uit de nadere reacties van de partijen dat [handelaar] aan het leeuwendeel van de (toepasselijke) informatieplichten heeft voldaan. De door [consument] aangevoerde omstandigheid dat [handelaar] zich van een automatische telefoonbeantwoorder zou bedienen, kan niet de door [consument] voorgestane conclusie rechtvaardigen dat [handelaar] onjuiste contactgegevens heeft verstrekt. Dat [handelaar] niet op e-mailberichten mocht hebben gereageerd, is voor de beantwoording van de vraag of [handelaar] aan de (toepasselijke) informatieplichten heeft voldaan niet relevant. [consument] heeft betwist dat de informatie op de door [handelaar] overgelegde schermafbeeldingen overeenstemt met de informatie die bij het sluiten van de overeenkomst op de website van [handelaar] was weergegeven. Echter, [consument] heeft zijn betwisting niet geconcretiseerd, zodat daaraan als niet voldoende gemotiveerd moet worden voorbijgegaan.¹²

4.6. Uit de nadere reacties van de partijen volgt evenwel niet dat is voldaan aan de informatieplicht, voorzien in art. 6:230v lid 3 BW, welke informatieplicht betrekking heeft op de door [handelaar] gebruikte bestelknop. [handelaar] heeft de geschillencommissie niet in staat gesteld om te beoordelen of is voldaan aan de hier bedoelde informatieplicht. Daarom kan de geschillencommissie niet anders dan aannemen dat de informatieplicht, voorzien in art. 6:230v lid 3 BW, is geschonden.¹³ Bovendien is de informatie, bedoeld in art. 6:230m lid 1 sub h BW, alleen aan [consument] verstrekt in de door [handelaar] gebruikte algemene voorwaarden, hierna ook: “de algemene voorwaarden”, die [consument] volgens haar heeft geaccordeerd. De door [handelaar] geschetste wijze van informatieverstrekking leidt er niet toe dat de informatie persoonlijk aan [consument] is gericht. Evenmin is daarmee gewaarborgd dat de inhoud van de informatie niet wordt gewijzigd en dat de informatie gedurende een passende termijn toegankelijk is, noch dat [consument] in staat is gesteld om de informatie op te slaan of ongewijzigd weer te geven. Daarom heeft [handelaar] niet voldaan aan de informatieplicht, voorzien in art. 6:230v lid 7 BW.¹⁴ De schending van de hier bedoelde informatieplicht kan mogelijk zijn gesauveerd als [consument] de algemene voorwaarden tijdens het bestelproces

⁷ HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, NJ 2022/89, m.nt. C.M.D.S. Pavillon.

⁸ Ktr. Amsterdam 14 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:605; D.P.C.M. Hellegers & T.H.M. van Wechem, *Moeten bindend adviseurs in consumentenkwesaties ambtshalve toetsen op straffe van vernietigbaarheid van het bindend advies?*, *Contracteren* 2022/2, p. 48 e.v.

⁹ Ktr. Utrecht 28 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3331, NJF 2017/501.

¹⁰ <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/richtlijn-sanctiemodel-essentiele-informatieplichten.pdf>.

¹¹ HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:861, NJ 2022/220.

¹² Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 2 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6544.

¹³ Vgl. Ktr. Leiden 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9535.

¹⁴ HvJ EU 24 februari 2022, ECLI:EU:C:2022:112, RCR 2022/57 (*Tiketa/Baltic Music*).

van de website van [handelaar] zelfstandig heeft gedownload,¹⁵ maar dat is gesteld noch gebleken.

4.7. De geschillencommissie ziet zich in beginsel gehouden om de overeenkomst, met toepassing van art. 6:193j lid 3 BW, art. 3:40 lid 2 BW en art. 248 lid 2 BW, gedeeltelijk te vernietigen in die zin dat de koopprijs met 100% zal worden verminderd. Dat zou tot gevolg hebben dat [handelaar] de koopprijs moet terugbetalen (art. 6:203 lid 1 en 2 BW).¹⁶ De bedoelde maatregel past bij een richtlijnconforme uitleg van art. 6:203v lid 3 BW.¹⁷ Omdat art. 6:230v lid 3 BW de implementatie vormt van art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten,¹⁸ is een richtlijnconforme uitleg op zijn plaats.¹⁹ Bovendien is de bedoelde maatregel in overeenstemming met de gevolgtrekking die de kantonrechters in het algemeen verbinden aan een schending van de informatieplicht, voorzien in art. 6:230v lid 3 BW, vaak met uitdrukkelijke verwijzing naar art. 8 lid 2 Richtlijn consumentenrechten.²⁰

4.8. De geschillencommissie moet evenwel, voor zover een door of vanwege het communautair recht voorgeschreven maatregel onevenredig is, de oplegging daarvan achterwege laten (art. 4 lid 3 VEU).²¹ De geschillencommissie overweegt dat [consument] ter gelegenheid van de mondelinge behandeling uitdrukkelijk kenbaar heeft gemaakt de overeenkomst niet te willen ontbinden, zodat hij door de onjuiste verstrekking van de in art. 6:230m lid 1 sub h BW bedoelde informatie niet is benadeeld. Bovendien zal voor een normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument door de op zich zelf heldere en goed zichtbare informatie op de website van [handelaar], voldoende duidelijk zijn dat een bestelling via die website een betalingsverplichting met zich zal meebrengen, zodat [consument] ook in zoverre niet zal zijn benadeeld. Ten slotte zal [handelaar], zoals hierna zal blijken, worden veroordeeld tot vervanging van de houten plinten, terwijl zij onweersproken heeft gesteld dat de bewerkte houten plinten niet opnieuw kunnen worden verkocht, zodat zij reeds financieel nadeel zal lijden. Daarom zou onevenredig zijn om [handelaar] eveneens te verplichten tot terugbetaling van (een deel van) de koopprijs en moet een maatregel uitblijven.

4.9. De geschillencommissie geeft [handelaar] in overweging haar bestelproces aldus aan te passen dat vanaf nu aan alle (toepasselijke) informatieplichten zal worden voldaan. In het bijzonder moet een bestelknop worden geïmplementeerd die voldoet aan het bepaalde in art. 6:230v lid 3 BW en moeten de algemene voorwaarden, waarin de in art. 6:230 lid 1 sub h BW bedoelde informatie wordt verstrekt, in overeenstemming met art. 6:230v lid 7 BW op een duurzame gegevensdrager aan de consument worden verstrekt. In geval van een volgende schending van de (toepasselijke) informatieplichten door [handelaar], zal de

¹⁵ Ktr. Leeuwarden 25 oktober 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4182.

¹⁶ Vgl. HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:596, NJ 2022/171.

¹⁷ HvJ EU 7 april 2022, ECLI:EU:C:2022:269, RCR 2022/54 (*Fuhrmann 2/B.*).

¹⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 67.

¹⁹ HvJ EG 10 april 1984, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*).

²⁰ Bijv. Ktr. Zwolle 12 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2468; Ktr. Leiden 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9535; Ktr. Amsterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4347; Ktr. Zaanstad 29 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9114; Ktr. Maastricht 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7668; Ktr. Haarlem 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9908; Ktr. Alkmaar 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9910. Anders: Ktr. Arnhem 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3278; Ktr. Rotterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6318.

²¹ HvJ EG 21 september 1989, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse maïs*).

geschillencommissie in beginsel geen terughoudendheid betrachten. Hetgeen in deze uitspraak is overwogen is dan kennelijk niet voldoende afschrikkend gebleken.

De vordering tot vervanging van de houten plinten

4.10. De partijen hebben een overeenkomst gesloten op grond waarvan [handelaar] zich heeft verbonden om houten plinten aan [consument] te geven en [consument] om daarvoor een prijs in geld te betalen. Daarom is sprake van een koopovereenkomst, bedoeld in art. 7:1 BW. De houten plinten zijn roerende zaken (art. 3:2 BW en art. 3:3 lid 2 BW). [handelaar] is een rechtspersoon, die handelt in de uitoefening van haar handelsactiviteit. [consument] is een natuurlijk persoon, die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit. Daarom is sprake van een consumentenkoop in de zin van art. 7:5 lid 1 sub a BW.

4.11. Op grond van art. 7:17 lid 1 BW moeten de afgeleverde houten plinten aan de overeenkomst beantwoorden. Daaruit volgt dat de houten plinten op het moment van aflevering aan de overeenkomst moesten beantwoorden.²² Op grond van art. 7:17 lid 3 BW mogen, voor zover nu van belang, de maatvoeringen van de houten plinten niet afwijken van die welke zijn overeengekomen. In art. 7:17 BW ligt een conformiteitsgarantie besloten, waarvan op grond van art. 7:6 lid 1 BW niet ten nadele van [consument] als consument mag worden afgeweken.²³

4.12. Als onbetwist staat vast dat de houten plinten door de afwijkende maatvoeringen niet aan de overeenkomst beantwoorden. Uit de e-mailcorrespondentie, waarnaar [consument] ter onderbouwing van zijn vordering heeft verwezen, volgt dat de afwijking zich binnen de in art. 7:18a lid 2 BW genoemde termijn heeft geopenbaard. Het eerste e-mailbericht van [consument] waarin de afwijking uitdrukkelijk aan de orde is gesteld, is op 6 juli 2022 en dus minder dan drie maanden na de aflevering van de houten plinten verzonden, terwijl [handelaar] op 17 mei 2022 en dus minder dan één maand na de aflevering van de houten plinten een e-mailbericht heeft verzonden waaruit volgt dat [consument] vruchteloos had gepoogd om de houten plinten te retourneren. [handelaar] heeft niet gesteld, laat staan bewezen, dat de afwijking zich niet binnen een termijn van zes maanden na de aflevering heeft geopenbaard.

4.13. Omdat [consument] een consument is, moet zonder tegendeelbewijs, dat ontbreekt, worden aangenomen dat de houten plinten op het moment van aflevering niet aan de overeenkomst hebben beantwoord.²⁴ De stelling van [handelaar] dat [consument] de afwijking op het moment van aflevering van de houten plinten, maar uiterlijk bij thuiskomst had behoren te ontdekken, brengt niet met zich mee dat sprake is van een situatie, bedoeld in art. 7:17 lid 5 eerste volzin BW. De overeenkomst was op het moment van aflevering van de houten plinten, dus ook bij thuiskomst, reeds gesloten. [handelaar] heeft niet gesteld dat de houten plinten zijn vervaardigd uit grondstoffen die van [consument] afkomstig zijn. Het Engelse uitgangspunt dat de koper de zaak op het moment van aflevering moet onderzoeken en nadien zelf het risico van

²² W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Wolters Kluwer 1991, p. 118.

²³ P. Klik, *Conformiteit bij koop* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2008, p. 55.

²⁴ HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1666, NJ 2021/353.

eventuele afwijkingen moet dragen (*caveat emptor*),²⁵ waarop [handelaar] zich kennelijk heeft willen beroepen, is in Nederland al onder het oude recht van de hand geweest.²⁶

4.14. Omdat moet worden aangenomen dat de houten plinten op het moment van aflevering niet aan de overeenkomst hebben beantwoord, heeft [consument], op grond van art. 7:21 lid 1 sub c BW, in beginsel het recht om te eisen dat [handelaar] de houten plinten vervangt door houten plinten die aan de overeenkomst beantwoorden. Ook dat recht valt onder het bereik van art. 7:6 lid 1 BW. [handelaar] heeft niet gesteld dat het eerste deel van de in art. 7:21 lid 1 sub c BW voorziene ‘tenzij-formule’ van toepassing is, hetgeen het geval is als de afwijking niet van voldoende gewicht is om de gevorderde vervanging van de houten plinten te kunnen rechtvaardigen.²⁷ [handelaar] heeft ook niet gesteld dat sprake is van een situatie, bedoeld in art. 7:21 lid 4 BW of art. 7:21 lid 5 BW. Het gaat de geschillencommissie niet aan om ambtshalve te onderzoeken of dat het geval is.²⁸

4.15. De stelling van [handelaar] dat [consument] de afwijking op het moment van aflevering van de houten plinten, maar uiterlijk bij thuiskomst had behoren te ontdekken, begrijpt de geschillencommissie aldus dat [handelaar] heeft bedoeld zich te beroepen op het tweede deel van de in art. 7:21 lid 1 sub c BW voorziene ‘tenzij-formule’. Dat is een bevrijdend verweer, ook wel een ‘ja, maar-verweer’ genoemd.²⁹ [consument] heeft daartegenover gesteld dat hij de afwijking pas heeft ontdekt na de bewerking van de houten plinten, namelijk toen bij de installatie daarvan een spleet tussen de houten plinten en de vloer waarneembaar werd.

4.16. Tegenover de beknopte motivering van het bevrijdend verweer van [handelaar], is de betwisting van [consument] voldoende gemotiveerd.³⁰ Daarom draagt [handelaar], naar analogie van het samenstel van art. 149 lid 1 Rv en art. 150 Rv, de bewijslast van de aan haar bevrijdend verweer ten grondslag gelegde feiten.³¹ [consument] draagt geen bewijslast van de op zijn beurt aangedragen feiten (*actori incumbit (onus) probatio, reus in excipiendo fit actor*).³² De enkele omstandigheid dat [handelaar] wellicht in een voor haar onwelgevallige bewijspositie verkeert, is niet voldoende om een andere verdeling van de bewijslast te kunnen rechtvaardigen.³³ [handelaar] heeft niet aan de op haar rustende bewijslast voldaan, zodat haar bevrijdend verweer niet slaagt.

4.17. Volgens [handelaar] staat de omstandigheid dat [consument] de houten plinten heeft bewerkt niettemin op grond van haar beleid aan de toewijzing van de vordering tot vervanging van de houten plinten in de weg. De geschillencommissie begrijpt dat [handelaar] heeft bedoeld te verwijzen naar art. 10 van de algemene voorwaarden, die zij bij haar nadere reactie heeft gevoegd. Ook dat verweer van [handelaar] kan niet slagen. Reeds niet, omdat uit art. 10 van de

²⁵ Queen's Bench Division 6 juni 1871, nr. LR 6 QB 597 (*Smith/Hughes*).

²⁶ P. Klik, *Conformiteit bij koop* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2008, p. 15.

²⁷ HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, NJ 2019/446, m.nt. J. Hijma (*Tenzij-arrest*).

²⁸ HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1217, NJ 1994/317 (*Abbas/Woningbouwvereniging*).

²⁹ HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2789, NJ 1999/197 (*De Bruin/Meiling*).

³⁰ HR 12 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2490, NJ 1989/596 (*Dolmans/Wouters*).

³¹ HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8074, NJ 2004/254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren van Kell*).

³² HR 23 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0727, NJ 1992/813 (*Stichting Centraal Ziekenfonds e.a./Van der Velden*).

³³ HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2476, NJ 1998/85 (*Stad Rotterdam/Zonneveld*).

algemene voorwaarden volgt dat de daarin voorziene conformiteitsgarantie en de uitzonderingen daarop, geen afbreuk doen aan de rechten die [consument] aan de overeenkomst en daarmee aan Titel 1 van Boek 7 BW kan ontleen, waarvan art. 7:17 BW en art. 7:21 BW onderdeel zijn. Voor zover art. 10 van de algemene voorwaarden voor meer dan één uitleg vatbaar is, moet de bepaling op grond van art. 6:238 lid 2 BW en overigens volgens vaste rechtspraak in het voordeel van [consument] als consument worden uitgelegd (*contra proferentem*).³⁴ De uitleg van de geschillencommissie is in het voordeel van [consument], zodat die uitleg moet prevaleren boven een eventuele andere uitleg.

4.18. Bovendien wordt door de genoemde bepaling het recht van [consument] om te eisen dat de houten plinten worden vervangen door houten plinten die aan de overeenkomst beantwoorden, verder beperkt dan op grond van het samenstel van art. 6 lid 1 BW, art. 7:17 BW en art. 7:21 BW is toegestaan. De bepaling is, met andere woorden, vernietigbaar (art. 3:40 lid 2 BW). Uit art. 10 Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting volgt dat de geschillencommissie moet waarborgen dat [consument] als consument de bescherming geniet van de dwingende wetsbepalingen van het consumentenrecht.³⁵ Daarom ziet de geschillencommissie zich gehouden om de bepaling, met toepassing van art. 3:40 lid 2 BW, buiten beschouwing te laten, voor zover de bepaling aan de toewijzing van de vordering tot vervanging van de houten plinten in de weg kan staan.³⁶

4.19. In haar nadere reactie heeft [handelaar] zich ten slotte beroepen op art. 6 van de algemene voorwaarden. [handelaar] heeft miskend dat [consument] heeft gevorderd dat [handelaar] wordt veroordeeld tot vervanging van de houten plinten door houten plinten die aan de overeenkomst beantwoorden, maar niet dat de geschillencommissie verklaart dat de overeenkomst is ontbonden, al dan niet met toepassing van het in art. 6:230o BW voorziene herroepingsrecht. Die keuze heeft [consument] ter gelegenheid van de mondelinge behandeling uitdrukkelijk bevestigd. Art. 6 van de algemene voorwaarden heeft enkel betrekking op het herroepingsrecht en kan dus hoe dan ook niet aan de toewijzing van de vordering tot vervanging van de houten plinten in de weg staan. Als dat anders mocht zijn, deelt het bedoelde beding het lot van art. 10 van de algemene voorwaarden, zodat daaraan geen betekenis toekomt. Het herroepingsrecht kan in beginsel niet worden uitgesloten of beperkt (art. 6:230i lid 1 BW) en gesteld noch gebleken is dat sprake is van een situatie, bedoeld in art. 6:230p BW.

4.20. Dat Stichting WebwinkelKeur, de algemene voorwaarden integraal mocht hebben goedgekeurd, zoals zij heeft gesteld, is spijtig te noemen, maar doet aan het voorgaande niet af. Op grond van art. 6 lid 1 EVRM moet de geschillencommissie, evenals de overheidsrechter, onafhankelijk en onpartijdig zijn.³⁷ De geschillencommissie moet de (on)geldigheid van de

³⁴ HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AG6068, *NJ* 1990/583, m.nt. M.M. Mendel (*Liszkay II*).

³⁵ Rb. Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4571, *NJF* 2022/16.

³⁶ Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 12.

³⁷ EHRM 1 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0301DEC004106912 (*Tabbane/Zwitserland*).

algemene voorwaarden zelfstandig beoordelen.³⁸ Hoewel de goedkeuring wel indicatief kan zijn,³⁹ is zij allesbehalve doorslaggevend.⁴⁰

4.21. Ten overvloede overweegt de geschillencommissie dat een ambtshalve toets van art. 6 van de algemene voorwaarden en art. 10 van de algemene voorwaarden aan de open norm van art. 6:233 sub a BW — waartoe de overheidsrechter⁴¹ en, naar analogie, de geschillencommissie⁴² in een geval als het onderhavige gehouden kunnen zijn — eveneens tot de conclusie zou hebben geleid dat de bedoelde bedingen ongeldig zijn. Een in de algemene voorwaarden voorkomend beding dat in strijd is met een dwingende wetsbepaling, is voor de wederpartij onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar.⁴³

4.22. Hetgeen hierboven is overwogen brengt met zich mee dat de vordering van [consument] tot vervanging van de houten plinten voor toewijzing gereed ligt, op de hierna in het dictum te vermelden wijze. Op grond van art. 7:21 lid 2 BW kunnen de kosten van de vervanging van de houten plinten niet aan [consument] in rekening worden gebracht. Op grond van art. 7:10 lid 3 BW komt de eventuele waardevermindering van de plinten door de bewerking daarvan voor rekening van [handelaar].⁴⁴ Uit hetgeen hierboven is overwogen met betrekking tot het tweede deel van de in art. 7:21 lid 1 sub c BW voorziene ‘tenzij-formule’, volgt dat niet kan worden aangenomen dat sprake is van een situatie, bedoeld in art. 7:10 lid 4 tweede volzin BW.

De vordering tot betaling van een aanvullende schadevergoeding

4.23. Voorts moet worden beoordeeld of [consument] aanspraak maakt op betaling van een aanvullende schadevergoeding. De aanvullende schade is volgens hem gelegen in gederfde inkomsten door verloren vakantiedagen, alsmede in de kosten van de vruchteloze poging om de houten plinten te retourneren. De bedoelde schade is aanvullende schade en, meer specifiek, gevolgschade, namelijk schade die [consument], zoals hij heeft gesteld, als gevolg van de afwijking in zijn overige vermogen zou hebben geleden.⁴⁵

4.24. Omdat de houten plinten op het moment van aflevering niet aan de overeenkomst hebben beantwoord, is [handelaar] tekortgeschoten in de nakoming van een op haar rustende verbintenis. Op grond van art. 7:24 lid 1 BW en art. 6:74 lid 1 BW kan [handelaar] vervolgens zijn gehouden tot betaling van een aanvullende schadevergoeding. Dat is het geval als de tekortkoming toerekenbaar is en een causaal verband bestaat tussen de tekortkoming en de aanvullende schade in de vorm van een *condicio sine qua non*-verband en bedoeld in art. 6:98

³⁸ M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: *BJu* 2013, nr. 124 e.v.

³⁹ Hof 's-Hertogenbosch 5 augustus 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AJ3552, *NJF* 2003/39.

⁴⁰ Vgl. Hof Arnhem 5 juni 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AD6375, *NJ* 2001/622; Hof 's-Gravenhage 12 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC4522, *NJF* 2008/158; Ktr. Rotterdam 10 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3735; Hof 's-Gravenhage 19 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR2400.

⁴¹ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

⁴² Rb. Amsterdam 15 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4539.

⁴³ M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: *BJu* 2013, nr. 188.

⁴⁴ W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Wolters Kluwer 1991, p. 100.

⁴⁵ Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, nr. 364.

BW. Of een rechtens vereist causaal verband bestaat, moet per gestelde schadepost worden beoordeeld.⁴⁶ Daarnaast moet komen vast te staan dat nakoming blijvend onmogelijk is of, als dat niet het geval is, dat het verzuim is ingetreden (art. 6:74 lid 2 BW).⁴⁷ Van een situatie, bedoeld in art. 7:24 lid 2 BW, is geen sprake.

4.25. [handelaar] heeft niet gesteld dat sprake is van overmacht, bedoeld in art. 6:75 BW, zodat moet worden aangenomen dat de tekortkoming toerekenbaar is.⁴⁸ Vrije tijd die door een tekortkoming verloren is gegaan, komt niet voor vergoeding in aanmerking.⁴⁹ Gederfde inkomsten door verloren vakantiedagen kunnen wel voor vergoeding in aanmerking komen.⁵⁰ [handelaar] heeft niet betwist dat [consument] een vakantiedag heeft verloren om de houten plinten te kunnen monteren en dat de dientengevolge gederfde inkomsten € 207,18 bedragen.

4.26. Nakoming van de verbintenis tot aflevering van houten plinten die aan de overeenkomst beantwoorden is niet blijvend onmogelijk. Omdat [consument] betaling van een aanvullende schadevergoeding heeft verlangd, mag de geschillencommissie ervan uitgaan dat hij ook heeft bedoeld te stellen dat het verzuim is ingetreden.⁵¹ Het verzuim kan, gelet op de kennelijke grondslag van de vordering, worden geacht zonder ingebrekestelling te zijn ingetreden (art. 6:83 sub b BW). Echter, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom [consument] de houten plinten niet in zijn vrije tijd had kunnen monteren, zonder daarvoor een vakantiedag te gebruiken. Daarom kan niet worden aangenomen dat een rechtens vereist causaal verband bestaat tussen de tekortkoming en de gederfde inkomsten. De stellingen van [consument] zijn in zoverre niet toereikend.⁵²

4.27. Van een situatie waarin het bestaan van een *condicio sine qua non*-verband in beginsel kan worden aangenomen, is geen sprake. Daarvoor is vereist dat de verweten gedraging in strijd is met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, alsmede dat de benadeelde partij ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.⁵³ Aan die vereisten is niet voldaan. Art. 7:17 BW, namelijk de norm die in het concrete geval is geschonden, beoogt niet specifiek bescherming te bieden tegen gederfde inkomsten, maar beoogt te voorkomen dat de koper een zaak moet aanvaarden die op het moment van aflevering niet aan de overeenkomst beantwoordt (nt. 18).

4.28. De gestelde omvang van de kosten van de vruchteloze poging om de houten plinten te retourneren heeft [consument] niet anders onderbouwd dan dat [handelaar] dezelfde kosten in rekening zou hebben gebracht voor de aflevering van de houten plinten per koerier. [consument] heeft niet gesteld dat hij die kosten ook zelf heeft gemaakt. Dat volgt ook niet uit de stukken. [consument] heeft miskend dat een (aanvullende of vervangende) schadevergoeding tot doel

⁴⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6846, JA 2013/75.

⁴⁷ Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, nr. 363 e.v.

⁴⁸ HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6092, RvdW 2007/421 (*Bedrijfsverzamelgebouw/Torenstad*).

⁴⁹ HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2740, NJ 1999/196, m.nt. A.R. Bloembergen (*AMEV/Staat*).

⁵⁰ HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Losser/Kruidhof*).

⁵¹ HR 28 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2902, NJ 2006/558 (*Gemeente Maasbree/Janssen*).

⁵² HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2611, NJ 1996/747 (*Beurskens/B. Notarissen*).

⁵³ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, NJ 2004/304 (*Lekkende tankcontainer*).

heeft om de benadeelde partij in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd als de tekortkoming was uitgebleven, zodat alleen daadwerkelijk geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt (*ad quod damnum*).⁵⁴ Anders zou niet langer sprake zijn van een schadevergoeding, maar van een bestraffende maatregel.⁵⁵ De geschillencommissie zal de vordering tot betaling van een aanvullende schadevergoeding integraal afwijzen.

De vordering tot betaling van een vervangende schadevergoeding

4.29. [consument] heeft ten slotte gevorderd dat [handelaar], voor zover zij de houten plinten niet (tijdig) mocht vervangen, wordt veroordeeld tot betaling van de kosten van de door [consument] elders te kopen vervangende houten plinten. [consument] verlangt, met andere woorden, dat [handelaar] onder de genoemde voorwaarde wordt veroordeeld tot betaling van een vervangende schadevergoeding in de zin van art. 6:87 BW, namelijk een verbintenis tot betaling van de waarde van de houten plinten die in de plaats kan treden van de oorspronkelijke verbintenis tot vervanging van de houten plinten. Op grond van art. 6:87 lid 1 BW wordt, voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is, de verbintenis omgezet in een tot vervangende schadevergoeding, als de schuldenaar in verzuim is en de schuldeiser hem schriftelijk mededeelt dat hij schadevergoeding in plaats van nakoming vordert. Betaling van een vervangende schadevergoeding kan worden gevorderd naast betaling van een aanvullende schadevergoeding.⁵⁶ Op grond van art. 6:87 lid 2 BW vindt geen omzetting plaats die door de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd.

4.30. Nakoming van de veroordeling tot vervanging van de houten plinten is niet blijvend onmogelijk. Een omzettingsverklaring, bedoeld in art. 6:87 BW, kan ook voorwaardelijk geschieden.⁵⁷ Het verzuim zal, voor zover dat nog niet is ingetreden, in ieder geval intreden als de aan de vervanging van de houten plinten te verbinden fatale termijn ongebruikt verstrijkt (art. 6:83 sub a BW). Omdat [handelaar] geen stellingen heeft betrokken waaruit kan volgen dat sprake is van een situatie, bedoeld in art. 6:87 lid 2 BW, kan worden aangenomen dat de tekortkoming voldoende ernstig is om de omzetting van de veroordeling tot vervanging van de houten plinten te kunnen rechtvaardigen.⁵⁸ In zoverre is aan de vereisten voor de (voorwaardelijke) omzetting van de veroordeling tot vervanging van de houten plinten voldaan.

4.31. Echter, het lag op de weg van [consument] om de kennelijk door hem voorziene omvang van de vervangende schade te stellen en zo nodig te bewijzen.⁵⁹ Omdat [consument] in zoverre geen stellingen heeft betrokken, heeft hij niet voldaan aan de op hem rustende stelplicht. Het bewijsaanbod van [consument], die heeft aangeboden om een door hem verkregen offerte in de procedure te brengen, moet om die reden worden gepasseerd.⁶⁰ Daarom zal de

⁵⁴ HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, NJ 1992/396 (*De Swaen*).

⁵⁵ Hof 's-Hertogenbosch 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2699, NJF 2021/393.

⁵⁶ Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, nr. 364.

⁵⁷ Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, nr. 365.

⁵⁸ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:743, RCR 2017/59.

⁵⁹ HR 13 december 2002, ECLI:HR:NL:2002:AE9243, NJ 2003/212 (*B/Olifiers*).

⁶⁰ HR 4 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2796, NJ 1999/549, m.nt. W.M. Kleijn (*Potharst/Serrée*).

geschillencommissie ook de vordering tot betaling van een vervangende schadevergoeding integraal afwijzen.

De proceskosten

4.32. Omdat de partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld, zal de geschillencommissie de proceskosten, met toepassing van art. 12 Procesreglement, compenseren in die zin dat iedere partij de eigen proceskosten zal dragen.

5. De beslissing

5.1. De geschillencommissie:

- I. beslist, dat [handelaar] wordt veroordeeld om tegen behoorlijk bewijs van kwijting, binnen veertien dagen na de verzending van de beslissing van de geschillencommissie aan de partijen, vervangende houten plinten aan [consument] af te leveren die aan de overeenkomst beantwoorden;
- II. beslist, dat de proceskosten worden gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen proceskosten zal dragen;
- III. beslist, dat het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

Deze beslissing is gegeven door M.V. Hazekamp, bindend adviseur in Delden (Gemeente Hof van Twente), als lid van de geschillencommissie.

Tegen de beslissing van de geschillencommissie staat geen rechtsmiddel open. De beslissing is bindend. Op grond van art. 7:904 lid 1 BW is de beslissing vernietigbaar, als zij door de inhoud daarvan of de manier waarop zij tot stand gekomen is, zo gebrekkig is dat de gebondenheid daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Op grond van art. 12 Procesreglement moet een vordering tot vernietiging van de beslissing van de geschillencommissie bij de overheidsrechter aanhangig zijn gemaakt binnen twee maanden na de verzending van de beslissing van de geschillencommissie aan de partijen. Voor meer informatie over uw rechten en plichten kunt u contact opnemen met het Juridisch Loket of een rechtsbijstandverlener naar keuze.