

219. Heeft de consument-koper gedurende de reparatie recht op een leenproduct?

DR. MR. E.A.L. VAN EMDEN

Een gloednieuwe telefoon gaat kort na aankoop kapot. De verkoper biedt aan om het toestel te repareren, maar dat kost tijd. De verkoper biedt echter géén leentoesel aan. Wat zijn nu de rechten van de consument-koper? ¹

1. Inleiding

Stel: uw stofzuiger, telefoon of blender gaat kort na aankoop buiten uw schuld kapot. U wendt zich tot uw contractuele wederpartij – de verkoper – met een beroep op non-conformiteit. De verkoper biedt aan om het apparaat te repareren, wat enige tijd in beslag neemt. Soms zal de verkoper u voor de reparatieduur een vervangend apparaat ter leen aanbieden. In uw geval stelt de verkoper echter dat er alleen recht op een leenproduct zou bestaan als dat separaat was overeengekomen (en u daarvoor dus apart betaalt).² Staat u nu met lege handen? Die vraag wil ik met dit artikel beantwoorden.

2. Het juridisch kader bij aflevering van een gebrekkig product

Het vertrekpunt is titel 1 van Boek 7 BW (de kooptitel). Deze titel bevat bepalingen die specifiek zien op consumentenkoop³ en behelst ook de implementatie van Europese consumentenbeschermingsrichtlijnen.⁴ De regels voor consumentenkoop zijn op grond van art. 7:6 BW grotendeels van dwingend recht, zodat hiervan niet contractueel op een voor de consument nadelige wijze kan worden afgevoerd. Wordt, bijvoorbeeld via algemene voorwaarden, toch afbreuk gedaan aan de rechten die Richtlijn en wet

aan de consument toekennen, dan is het beding vernietigbaar.⁵

Een afgeleverde zaak moet, ook buiten het geval van consumentenkoop, voldoen aan de koopovereenkomst. Dit is het conformiteitsvereiste uit art. 7:17 BW.⁶ Art. 7:18 BW werkt voor specifiek consumentenkoop nader uit wanneer er sprake is van non-conformiteit, met daarin onder meer een bewijsvermoeden. Erg ingewikkeld lijkt de conformiteitsvraag in het gegeven voorbeeld overigens niet. Een recent afgeleverde zaak die spontaan kapot gaat, bezit niet de eigenschappen die de koper van de zaak mocht verwachten.⁷ Daarnaast kan er in geval van het spontaan kapot gaan van de afgeleverde zaak sprake zijn van de schending van een garantie.⁸ Art. 7:6a BW bepaalt dat zo'n garantie niet kan belemmeren dat de consument-koper (tevens) zijn wettelijke rechten uitoefent.

Wat zijn de rechten van de koper in geval van non-conformiteit? Dat regelt art. 7:21 BW. Het eerste artikellid geeft drie remedies aan de koper, die alle inhouden dat de verkoper de koopovereenkomst alsnog deugdelijk moet nakomen. De koper kan eisen:

- a. aflevering van het ontbrekende;
- b. herstel van de zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen;

¹ De auteur dankt haar kantoorgenote M. Vrijenhoek voor haar suggesties voor dit artikel.

² Zo ondervond de auteur recentelijk; die ervaring vormde de aanleiding voor dit artikel.

³ Consumentenkoop is in art. 7:5 lid 1 sub a BW gedefinieerd als de koop met betrekking tot een roerende zaak die wordt gesloten door een verkoper die handelt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit en een koper, natuurlijk persoon, die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit.

⁴ Richtlijn (EG) 1994/44 van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, deels gewijzigd via Richtlijn (EU) 2011/83 van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten en Richtlijn (EU) 2019/771 van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten voor de verkoop van goederen.

⁵ Vgl. art. 7:6 BW jo art. 3:40 lid 2 BW en/of art. 6:233 e.v. BW als het beding is opgenomen in standaardvoorwaarden. Zie hierover bijv. Asser/Hijma 7-1 (2019), nr. 129 e.v. en nr. 142 e.v., en M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW. nr. B65b), Deventer: Kluwer 2019, nr. 3.

⁶ Zie hierover Asser/Hijma 7-1 (2019), nr. 467 e.v.

⁷ Zie bijv. rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197, r.o. 6 e.v.: een nieuwe telefoon die na acht maanden spontaan kapot gaat, is non-conform (en de consument heeft recht op een nieuw toestel). Zie over het conformiteitsvereiste onder meer Asser/Hijma 7-1 (2019) nr. 482 e.v.

⁸ Aandacht verdient dat het soms (alleen) de producent, en niet (ook) de verkoper is, die de garantie geeft; in dat geval kan de koper zich in beginsel niet jegens de verkoper op de garantie beroepen.

- c. vervanging van de zaak, tenzij de afwijking te gering is om dit te rechtvaardigen, of – kort gezegd – de koper na bemerking van het gebrek niet zorgvuldig voor het behoud van de zaak heeft gezorgd.

Deze bepaling is bij consumentenkoop van dwingend recht.⁹ Art. 7:21 lid 1 BW bepaalt dat de kosten van nakoming van de hiervoor opgesomde verplichtingen van de verkoper niet voor rekening van de koper komen. Het vierde artikellid bepaalt specifiek voor consumentenkoop dat de verkoper herstel of vervanging slechts dan mag weigeren wanneer herstel of vervanging onmogelijk is, dan wel niet van de verkoper gevegd kan worden. Art. 7:22 BW kent voor deze situatie – dat herstel en vervanging redelijkerwijs niet mogelijk is – een ontbindingsrecht en een prijsreductierecht toe aan de consument-koper.

In beginsel heeft de consument-koper de keuze uit de in art. 7:21 lid 1 BW genoemde remedies.¹⁰ Die keuzevrijheid heeft hij slechts dan niet, wanneer de remedie niet, of slechts op zeer bezwarende wijze, door de verkoper verstrekt kan worden (aldus art. 7:21 lid 4 en lid 5 BW). Hierbij kan worden gedacht aan het door de koper vragen van herstel van een zaak terwijl de herstelkosten niet in een redelijke verhouding staan tot de waarde van de zaak, zodat vervanging voor de verkoper goedkoper is. In zijn algemeenheid moet een contractspartij bij zijn keuze voor een remedie ook rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij.¹¹ Het bijvoorbeeld door de koper vragen om vervanging van een zaak die (juist wel) binnen afzienbare termijn gerepareerd kan worden, kan hiermee onder omstandigheden in strijd komen.¹²

3. Zijn de kosten van de huur van een vervangende zaak schade?

U kiest als koper voor herstel van uw kapotte product. De reparatie zal in de regel enige dagen tot weken in beslag nemen. In de tussentijd zit u zonder uw product. Dat is bij een blender nog wel te overzien, zal bij een stofzuiger prima enige dagen vol te houden zijn, maar is bij een telefoon, wifi-router of ijskast vrijwel direct bezwaarlijk.¹³ U vraagt daarom aan de verkoper om u (gratis) een vervangend product ter beschikking te stellen voor de duur van de reparatie. Dat weigert de verkoper. Is dat terecht?

9 Vgl. Asser/Hijma 7-I (2019), nr. 540.

10 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, Boek 7, p. 141 (MvA II): 'Zoals de commissie terecht opmerkte, kent art. 7.1.3.2 aan de koper in beginsel het recht toe om vervanging van een ondeugdelijke zaak te vorderen en kan de verkoper hem dit recht niet uit handen slaan door herstel aan te bieden.' Zie ook M.M. van Rossum (*GS Bijzondere Overeenkomsten*), aant. 3 bij art. 7:21 BW, en Asser/Hijma 7-I (2019), nr. 550.

11 HR 5 januari 2001, NJ 2001/79 (*Multi/Nethou*).

12 Vgl. Asser/Hijma 7-I (2019), nr. 550, en M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW. nr. B65b), Deventer: Kluwer 2019, nr. 35.

13 In elk geval als de koper zelf geen vervangende zaak tot zijn beschikking heeft. Een reserve-ijskast of extra wifi-router zullen veel consumenten niet in huis hebben, terwijl een oude telefoon na aanschaf van een nieuw exemplaar vaak wordt doorverkoofd of weggegeven.

De wetgever heeft er bewust voor gekozen om geen wettelijke plicht tot het verschaffen van een vervangend product in de wet op te nemen.¹⁴ Ook de Europese Richtlijnen voorzien hierin niet. Aldus beschouwd is het standpunt van de verkoper dat hij niet verplicht is om een vervangende zaak te verstrekken dus correct. De schadevergoedingstitel is in dit soort situaties echter wel degelijk van kracht, zo volgt ook expliciet uit de wetsgeschiedenis.¹⁵ Uit dat schadevergoedingsrecht vloeit onder omstandigheden alsnog een verplichting van de verkoper voort om, in materieel dan wel financieel opzicht, te voorzien in een vervangende zaak. Loos wijst in dit kader ook op de plicht van de verkoper ex art. 7:21 lid 3 BW om herstel te verrichten zonder de koper daarbij ernstige overlast te berokkenen.¹⁶ Loos lijkt op grond hiervan zelfs een separate rechtsplicht van de verkoper aan te nemen die – zij het: onder omstandigheden – strekt tot het ter beschikking stellen van een leenzaak.

In uw geval stelt de verkoper echter dat er alleen recht op een leenproduct zou bestaan als dat separaat was overeengekomen (en u daarvoor dus apart betaalt). Staat u nu met lege handen?

Voor het aannemen van enige schadevergoedingsplicht is aansprakelijkheid vereist. Hiervoor zijn art. 7:18 lid 2 BW en art. 7:24 BW van belang. In beginsel moet de koper aantonen dat de zaak ten tijde van aflevering non-conform was. Art. 7:18 lid 2 BW kent voor consumentenkoop een bewijsvermoeden: als het gebrek zich binnen zes maanden na aflevering openbaart, wordt vermoed dat de zaak al bij

14 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, Boek 7, p. 142 (Nota II): 'Wij geven er (...) ook na herhaalde overweging de voorkeur aan om de vraag of en in hoeverre de verkoper verplicht is de koper in geval van herstel van de zaak gratis een andere zaak ter beschikking te stellen, over te laten aan de algemene regels van afd. 6.1.8 en 6.1.9 in verband met art. 7.1.3.7 lid 1. Aan de koper worden in art. 7.1.3.2 verdergaande rechten op herstel en vervanging toegekend dan in het geldend recht en zulks bij wijze van dwingend recht. Het gaat ons te ver hieraan voor de verkoper nog de voormelde verplichting toe te voegen. Indien de verkoper voor de tekortkoming aansprakelijk is, kan zij indien nodig uit de voormelde bepalingen worden afgeleid (men zie art. 6.1.9.9), doch ook dan is het zeer wel denkbaar dat de schade van de koper op andere wijze kan worden vergoed, met name doordat de verkoper hem de kosten vergoedt voor de huur van een vervangende zaak.' Met art. 6.1.9.9 wordt bedoeld op het huidige art. 6:103 BW.

15 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, Boek 7, p. 141 (MvA II): 'Wel kan de verkoper onder omstandigheden tot het vergoeden van de schade, die de koper door het derven van de zaak lijdt, gehouden zijn (...) men zie het nieuwe art. 7.1.3.7 lid 1 (...).' Met art. 7.1.3.7 lid 1 wordt bedoeld op het huidige art. 7:24 lid 1 BW.

16 M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW. nr. B65b), Deventer: Kluwer 2019, nr. 35: 'Uit de verplichting om het herstel uit te voeren zonder de koper ernstige overlast wordt berokkend (lid 3), kan onder omstandigheden echter wel een verplichting tot het verstrekken van een leenexemplaar voortvloeien. Dat zal zich vooral voordoen in die gevallen waarin, naar de verkoper moet begrijpen, de te repareren zaak niet of zeer moeilijk gemist kan worden door de koper.'

aflevering non-conform was.¹⁷ Overigens zou, ook buiten het geval van consumentenkoop of bij het zich pas na de zesmaandsperiode openbaren van het gebrek, bij het spontaan defect raken van een relatief nieuwe zaak veelal het rechterlijk bewijsvermoeden kunnen worden gehanteerd dat de zaak van meet af aan gebreukig was.¹⁸ In beide gevallen is het dan aan de verkoper om het bewijsvermoeden te ontzenuwen. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de verkoper kan aantonen dat het defect door toedoen van de koper is ontstaan, bijvoorbeeld omdat de koper de telefoon aan water heeft blootgesteld. Buiten dat soort situaties zal non-conformiteit vaak aangenomen worden.

Art. 7:24 lid 1 BW bepaalt voor consumentenkoop dat de koper van een non-conforme zaak recht heeft op schadevergoeding. Anders gezegd: het leveren van een non-conforme zaak behelst een tekortkoming die schadeplichtigheid van de verkoper kan scheppen. Als de zaak buiten de schuld van de koper kapot ging, dan kan aansprakelijkheid snel worden gevestigd. De verkoper kan nog aan aansprakelijkheid ontsnappen als hij aantoont dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend, maar van overmacht zoals bedoeld in art. 6:75 BW zal maar zelden sprake kunnen zijn.¹⁹ In het in de inleiding gegeven voorbeeld ging de zaak spontaan kapot en lijkt er geen grond voor een geslaagd beroep op overmacht te zijn. Het gebrek kan trouwens tevens een schending zijn van een door de verkoper gegeven garantie waarvan door de koper nakoming kan worden verlangd.²⁰

4. Intermezzo: de aansprakelijkheid wordt niet gekanaliseerd naar de producent

Op de aansprakelijkheid van de verkoper kent art. 7:24 lid 2 BW een belangrijke uitzondering. De productaansprakelijkheid wordt – voor bepaalde schadetypes – gekanaliseerd van de verkoper naar de producent. Deze bepaling beoogt om de zogenoemde ‘beknelde detaillist’ te beschermen, waar hij enerzijds vergaande wettelijke verplichtingen jegens de koper heeft, maar hij anderzijds contractueel vaak

is beperkt in zijn (regres)aanspraken op de producent.²¹ Art. 7:24 lid 2 BW ziet op de situatie dat de tekortkoming bestaat uit een gebrek zoals bedoeld in de productaansprakelijkheidstitel (art. 6:185 e.v. BW). Art. 7:24 lid 2 BW bepaalt: ‘*dan is de verkoper niet aansprakelijk voor schade als in die afdeling bedoeld, tenzij*’. De genoemde tenzij ziet op het geval dat (a) de verkoper het gebrek kende of behoorde kennen, (b) hij de afwezigheid van het gebrek heeft gegarandeerd, of (c) er sprake is van zaakschade die valt onder de franchise uit de productaansprakelijkheidstitel.

Betekent dit dat alle schade die ontstaat doordat een zaak door een productiefout non-conform is, voor rekening van (uitsluitend) de producent komt? Dat is het niet geval, want art. 7:24 lid 2 BW rept over ‘*aansprakelijkheid voor schade als in die afdeling bedoeld*’. De productaansprakelijkheidstitel schept aansprakelijkheid van de producent voor uitsluitend de in art. 6:190 BW genoemde (gevolg) schadetypes. Dit betreft schade door dood of lichamelijk letsel en zaakschade aan een andere zaak die gewoonlijk voor gebruik in de privésfeer is bestemd en daarvoor wordt gebruikt, mits deze zaakschade hoger is dan de franchise van € 500. Op andere schadetypes ziet de productaansprakelijkheidstitel niet en voor die andersoortige schades kan de consument-koper de verkoper tot schadevergoeding aanspreken.²²

5. Wordt voldaan aan de eisen voor toewijzing van een schadevergoedingsplicht?

Toewijzing van een schadevergoedingsvordering vergt (naast de tekortkoming die in dit geval bestaat uit non-conformiteit) ook dat het bestaan van de schade en het causaal verband tussen de schade en de non-conformiteit wordt aangetoond. De stelplicht en bewijslast hiervan rust op de koper.²³ De meest in het oog springende schade bestaat in het hier gebruikte voorbeeld uit de kosten die de koper heeft gemaakt om zelf in een vervangende zaak te voorzien in de situatie dat de verkoper hem geen vervangende zaak verstrekt heeft.²⁴ Het gaat dus om de huurprijs voor een vervangende zaak, voor de periode dat de eigen zaak vanwege reparatie niet beschikbaar is.

17 Tenzij de aard van de zaak, of de aard van de afwijking, zich verzet tegen toepassing van dit vermoeden. Hierbij wordt gedacht aan bederfelijke waar of een gebrek dat duidelijk is veroorzaakt door toedoen van de koper.

18 Vgl. Asser/Hijma 7-I (2019), nr. 478.

19 Zie ook Asser/Hijma 7-I (2019), nr. 598, die schrijft dat bij non-conformiteit de slagingskansen van een overmachtsberoep (vgl. art. 6:75 BW) voor de verkoper niet groot zijn. Daarbij komt dat een gebrek van een industrieel vervaardigde zaak naar verkeersopvattingen wordt toegerekend aan degene die deze zaak in het verkeer heeft gebracht, ook als hij de zaak niet geproduceerd heeft, het gebrek buiten zijn schuld ontstaan is en hij het gebrek niet kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Zie HR 27 april 2001, NJ 2002/213 (Oerlemans/Driessen).

20 Vanzelfsprekend vergt de garantie duiding via uitleg; deze zal bijv. doorgaans niet zien op gebreken die door toedoen van de koper zijn ontstaan. Daarnaast moet wel sprake zijn van een door de verkoper zelf gegeven garantie; soms is het niet de verkoper, maar de producent die de garantie gaf.

21 Vgl. Asser/Hijma 7-I (2019), nr. 607 en B. Wessels & H.N. Schelhaas, *Koop: algemeen* (Mon. BW. nr. 65a), Deventer; Kluwer 2024, nr. 7.

22 Vgl. Asser/Hijma 7-I (2019), nr. 609-610; Asser/Sieburgh 6-IV (2022), nr. 263 e.v., M.M. van Rossum (*GS Bijzondere overeenkomsten*), aant. 4 bij art. 7:24 BW. Zie ter illustratie HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1757 (*Lengers Yachts/Mannheimer Versicherung*). Kritisch over deze kanalisering is onder meer M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW. nr. B65b), Deventer: Kluwer 2019, nr. 38.

23 V. van den Brink en W.L. Valk (*Stelplicht & bewijslast*), commentaar op art. 6:74 BW.

24 Deze schadepost wordt ook genoemd in de wetsgeschiedenis, zie Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, Boek 7, p. 142 (Nota II). Vanzelfsprekend moet de koper wel kunnen aantonen dat hij de kosten ook (zelf) gemaakt heeft, zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6436, r.o. 4.5.

Het aannemen van een schadevergoedingsplicht vergt op grond van art. 6:74 e.v. BW verzuim van de verkoper of zijn blijvende onmogelijkheid tot nakoming. De koper kan de kosten van een door een derde uitgevoerd herstel van de zaak bijvoorbeeld niet zomaar verhalen op de verkoper. Hij moet de verkoper eerst de gelegenheid geven om de overeenkomst alsnog zelf deugdelijk na te komen.²⁵ *Kinheim/Pelders* bevestigt echter dat voorafgaande ingebrekestelling niet nodig is waar het gaat om schade die door het later alsnog deugdelijk nakomen van zijn verplichtingen door de verkoper niet meer ongedaan gemaakt kan worden.²⁶ Anders gezegd, waar het gaat om specifiek de huurprijs voor een vervangend product voor de reparatieperiode, is sprake van blijvende onmogelijkheid.

Er lijkt weinig discussie mogelijk dat er *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen het tijdelijk missen van de zaak wegens reparatie en het huren van een vervangende zaak, terwijl deze schade voorzienbaar en (mede daarom) ex art. 6:98 BW al snel toerekenbaar lijkt. Mogelijk zal de verkoper de schade als zodanig echter betwisten door aan te voeren dat de kosten van de huur van een vervangend product niet in redelijkheid zijn gemaakt en/of in omvang onredelijk zijn (dus: niet voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets²⁷). Hierbij geldt een meer geobjectiveerde norm. Zo is debat mogelijk over de vraag of de kosten van het tijdelijk huren van een blender in redelijkheid zijn gemaakt, waar de maatman-consument het waarschijnlijk wel even zonder blender kan stellen.²⁸ Het kortstondig missen van een telefoon of een (voor studie te gebruiken) computer lijkt mij echter objectief meteen problematisch, zodat de kosten voor de huur van een vervangende telefoon of computer in redelijkheid lijken te zijn gemaakt.²⁹ Die kosten moeten in omvang wel redelijk zijn. Stel dat de in reparatie genomen auto een vrij simpele Hyundai is; de kosten van de huur van een Maserati zijn dan geen redelijke kosten.

De uit art. 6:101 BW voortvloeiende schadebeperkingsplicht noopt er voorts toe dat de koper ook rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de verkoper. Daarnaast moeten de kosten waarvan vergoeding wordt gevorderd, in redelijkheid zijn gemaakt. Er zal dus beoordeeld moeten worden of de koper in redelijkheid kon besluiten om een vervangende zaak te huren (in de veronderstelling dat de kosten op de verkoper afgewenteld kunnen worden), of dat de koper had moeten kiezen voor een redelijk alternatief dat minder bezwarend is (voor de verkoper). Zo kan bijvoorbeeld van de koper die voor een week zijn wasmachine wegens reparatie moet missen worden gevergd dat hij de was gedurende die week bij een wasserette laat doen als dat (voorzienbaar) goedkoper is dan voor een week elders een vervangende wasmachine te huren.³⁰

Wat als de verkoper aanvoert dat de koper in plaats van een vervangende zaak te huren, maar elders een vervangende zaak had moeten lenen?

Wat als de verkoper aanvoert dat de koper in plaats van een vervangende zaak te huren, maar elders een vervangende zaak had moeten lenen? Ik betwijfel dat de dubbele redelijkheidstoets en/of schadebeperkingsplicht zo ver gaat, dat dit in redelijkheid van de consument-koper gevergd kan worden. De koper mag er volgens mij voor kiezen om in plaats van een beroep te doen op de hulpvaardigheid van derden, een vervangende zaak te huren en de kosten daarvan op de verkoper af te wentelen. De verkoper heeft de consument-koper, door een gebrekkige zaak te leveren, immers in de situatie gebracht dat tijdelijke vervanging genoodzaakt was. Het is dan in beginsel ook aan de verkoper, en niet aan derden die geen partij bij de koopovereenkomst zijn, om de nadelige gevolgen daarvan op te heffen.

Relevant in deze situatie is ook art. 6:103 BW. Dat artikel geeft een schuldeiser de bevoegdheid om schadevergoeding in natura te vorderen. Een voorbeeld daarvan is de tijdelijke verstrekking van een leenproduct. Deze mogelijkheid wordt in de wetgeschiedenis en literatuur genoemd

25 Aldus ook art. 7:21 lid 6 BW. Zie ter illustratie: rb. Utrecht 2 februari 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP5217, r.o. 4.5 e.v.

26 HR 4 februari 2000, NJ 2000/258 (*Kinheim/Pelders*), r.o. 3.6; zie hierover nader Asser/Sieburgh 6-I (2020), nr. 383.

27 De dubbele redelijkheidstoets is voor specifieke schadeposten opgenomen in art. 6:96 lid 2 BW, maar geldt gezien de strekking van art. 6:95 e.v. BW als uitgangspunt ook voor andersoortige kosten die als schade worden gevorderd. De rechter heeft ex art. 6:97 BW relatief ruime beoordelingsvrijheid bij de schadebegroting. Als uitgangspunt wordt schade concreet beoordeeld, wat impliceert dat de werkelijk gemaakte kosten schade vormen. Dat past bij het uitgangspunt dat de benadeelde zoveel mogelijk in de positie moet worden gebracht waarin hij zich had bevonden als de aansprakelijkheid vestigende omstandigheid wordt weggedacht. Toch wordt, waar het gaat om kosten, in de regel een zekere normering toegepast in de vorm van een redelijkheidstoets; art. 6:97 BW en art. 6:101 BW bieden daarvoor de grondslag.

28 Vgl. de website consumwijzer.nl van de Autoriteit Consument en Markt: 'U kunt niet altijd om een leenproduct vragen. Bijvoorbeeld als het een product is dat u niet elke dag gebruikt. Denk aan een magnetron of een staafmixer.'

29 Zie ook M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW. nr. B65b), Deventer: Kluwer 2019, nr. 35, die schrijft dat computers en mobiele telefoons niet langer dan enkele dagen gemist kunnen worden. M.i. is (tegenwoordig) het niet kunnen beschikken over een telefoon al binnen kortere termijn problematisch.

30 De kosten van het vervoeren, installeren en weer afvoeren van een wasmachine voor het gebruik gedurende één week zullen doorgaans disproportioneel hoog zijn wanneer deze worden afgezet tegen de kosten van het gedurende één week gebruiken van voorzieningen in een wasserette. Dit kan overigens weer anders zijn wanneer de koper, bijv. vanwege zijn locatie, geen eenvoudige toegang tot een wasserette heeft.

als oplossing voor het hier besproken scenario.³¹ Art. 6:103 BW geeft de schuldeiser echter slechts de bevoegdheid om schadevergoeding in natura te vorderen; de rechter is niet gehouden om die vordering toe te wijzen.³² De hoofdregel uit art. 6:103 BW is dat schadevergoeding in geld plaatsvindt. Het staat dus niet bij voorbaat vast dat de verkoper in het concrete geval op grond van art. 6:103 BW gehouden is om een vervangende zaak ter beschikking te stellen. Schadevergoeding in geld zal hij dan waarschijnlijk wel moeten betalen. Het kan in dit licht voor de verkoper aantrekkelijker zijn om spontaan een vervangende zaak ter beschikking te stellen. Dat zal in de regel voor hem goedkoper zijn dan later te moeten overgaan tot vergoeding van de huur die de consument-koper elders voor de vervangende zaak moest betalen.³³

6. (On)mogelijkheid van exoneration

Veel verkopers zullen via (de algemene voorwaarden bij) het koopcontract bedingen dat zij (a) niet gehouden zijn om een vervangende zaak ter beschikking te stellen en/of (b) dat zij de kosten van de huur van een vervangende zaak niet vergoeden.³⁴ De bepaling onder (a) is niet in strijd met art. 7:6 BW, omdat het (dwingendrechtelijke) consumentenrecht niet expliciet voorziet in het recht op een leenzaak.³⁵ Deze bepaling laat het recht van de consument-koper om schadevergoeding te vorderen echter onverlet. De bepaling onder (b) is een uitsluiting van aansprakelijkheid (exoneration). Exoneraties in consumentenovereenkomsten worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn, aldus art. 6:237 sub f BW.³⁶ Ik verwacht dat de verkoper in dit voorbeeld niet slaagt in het ontzenuwen van het wettelijk vermoeden.³⁷ Daarbij weegt mee, dat het maken van de

huurkosten een direct en voorzienbaar gevolg is van het gebrek van de zaak en de daardoor genoodzaakte reparatie. De omstandigheid dat de wetgever weliswaar niet in een recht op een vervangende zaak heeft voorzien, maar daarbij wel expliciet heeft gewezen op de mogelijkheid van schadevergoeding, vormt een volgende indicatie dat het onredelijk bezwarend is om het recht op die schadevergoeding weg te contracteren. Daarbij komt dat art. 7:21 lid 1 BW de koper als uitgangspunt de keuze geeft om herstel of vervanging te vorderen. Kiest hij voor vervanging, dan ontvangt hij doorgaans meteen een goed functionerende zaak.³⁸ Voor de verkoper is herstel vaak aantrekkelijker dan vervanging. Door te kiezen voor herstel houdt de koper dus rekening met de belangen van de verkoper. Door die keuze wordt de koper echter in een wat slechtere positie geplaatst, in de zin dat hij gedurende de herstelperiode zonder zaak zit. Het lijkt onredelijk dat de verkoper zich dan contractueel bevrijdt van de plicht om de schade die deze keuze voor de koper met zich meebrengt, te compenseren. Tot slot bepaalt art. 7:21 lid 3 BW dat het herstel geen ernstige overlast voor de koper mee mag brengen. Van ernstige overlast is verdedigbaar sprake als er geen vervangende zaak wordt aangeboden en het recht om schadevergoeding voor de huur van een vervangende zaak te vorderen, is uitgesloten. In aanvulling daarop kan een beroep op een exoneration in een situatie zoals hier geschetst soms ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.³⁹

7. Andere schade naast de huurkosten?

Het is denkbaar dat de koper naast de huurprijs voor een vervangende zaak nog vergoeding van schadeposten wil claimen.

De tijd en energie die de consument heeft gestoken in het organiseren van een vervangende zaak komen in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking. Inherent aan deelname aan het maatschappelijk verkeer is nu eenmaal dat niet alles vlekkeloos verloopt. Niet alle tijd die men op een andere wijze moet besteden dan was beoogd, vormt vergoedbare schade.⁴⁰

Inherent aan deelname aan het maatschappelijk verkeer is nu eenmaal dat niet alles vlekkeloos verloopt

Voor toekenning van immateriële schadevergoeding zie ik evenmin ruimte. Art. 6:106 BW kent een limitatieve opsomming van gevallen waarin smartengeld kan worden gevord-

31 Vgl. Asser/Hijma 7-I (2019), nr. 551; M.M. van Rossum (*GS Bijzondere Overeenkomsten*), aant. 4 bij art. 7:21 BW. A-G Wissink 19 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:817, noemt in voetnoot 81 art. 6:103 BW als mogelijke grondslag voor het vragen van tijdelijke vervangende woonruimte door een huurder. Zie ook hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3860, r.o. 4.3: 'De wet voorziet niet uitdrukkelijk in een verplichting voor de verkoper om te zorgen voor een voorziening ten behoeve van de koper tijdens de herstelwerkzaamheden, maar dat zou wel een passende vorm van schadevergoeding in natura (artikel 6:103 BW) kunnen betreffen.'

32 Zie Asser/Sieburgh 6-II (2021), nr. 21, en L.B.A. Tigelaar (*GS Schadevergoeding*), aant. 1 bij art. 6:103 BW, in navolging van Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, Boek 7, p. 142 (Nota II).

33 Soms zal de consument-koper zelfs gehouden zijn om een vervangende zaak van de verkoper te aanvaarden in plaats van deze elders te huren, zie Asser/Sieburgh 6-II (2021), nr. 21. Ook in dat opzicht moet de schuldeiser rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar.

34 Geschillencommissie Elektro 26 november 2021, nr. ELE01-0092, toont dat algemene voorwaarden hierover voorzieningen kunnen bevatten.

35 Tenzij men, met Loos, een dergelijk recht afleidt uit art. 7:21 lid 3 BW, zie M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW. nr. B65b), Deventer: Kluwer 2019, nr. 35. In dat geval zou het beding strijdig zijn met art. 7:6 BW en op grond van art. 3:40 lid 2 BW vernietigbaar zijn.

36 Zie ook onderdeel b van de bijlage bij Richtlijn (EEG) 93/13 van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomst.

37 Zie bijv. ook rb. Haarlem 15 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV8727, r.o. 4.15.

38 Daarbij veronderstel ik dat de meeste consumentenproducten bij de verkoper op voorraad zijn, dan wel door de verkoper op relatief korte termijn opnieuw in te kopen zijn.

39 Art. 6:248 lid 2 BW.

40 Zie bijv. rb. Breda 21 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2008:AZ8024, r.o. 3.13: 'Deze, in de particuliere sfeer gemaakte "kosten" vormen geen reële kostenpost die voor vergoeding in aanmerking komt.'

derd. Een enkel gevoel van psychisch onbehagen geeft nog geen aanspraak op immateriële schadevergoeding.⁴¹ Hoe frustrerend het ook is dat een nieuw gekocht product spontaan kapot gaat, recht op smartengeld bestaat hier niet.

Heeft de consument een deskundige ingeschakeld om (de oorzaak van) het gebrek te laten vaststellen, dan komen de daaraan verbonden kosten op grond van art. 6:96 sub b BW in beginsel voor vergoeding in aanmerking.⁴² Schakelt de consument een rechtshulpverlener in voor zijn geschil met de verkoper, dan kunnen zijn kosten buitengerechtigde kosten vormen die op grond van art. 6:96 lid 2 sub b en/of c BW voor vergoeding in aanmerking komen. De consument zal zich er wel bewust van moeten zijn dat deze laatstgenoemde buitengerechtigde kosten – als het tot een procedure bij de overheidsrechter komt – van kleur verschieten.⁴³ Dat is (doorgaans) niet het geval in bindendadviesprocedures, waarin echter weer niet steeds is voorzien in een proceskostenveroordeling bij winst van de procedure.⁴⁴

Tot slot is nog denkbaar dat de consument-koper gevolgschade lijdt als gevolg van de omstandigheid dat de zaak tijdelijk niet goed heeft gefunctioneerd. Bijvoorbeeld: na het opeens kapot gaan van de telefoon kan niet tijdig voor het sluiten van de beurs een order tot koop van aandelen worden doorgegeven, waardoor niet van een latere koersstijging kan worden geprofiteerd. Of door het niet telefonisch beschikbaar zijn vanwege een spontaan kapot gegane telefoon kan niet worden ingegaan op de uitnodiging om last minute een concert bij te wonen, waardoor onstoffelijk voordeel gemist wordt. Ik vermoed dat veel verkopers een exoneratie hebben bedongen voor aansprakelijkheid voor dit type gevolgschade. Weliswaar wordt een exoneratie in relatie tot consumenten vermoed onredelijk bezwarend te zijn,⁴⁵ maar ik sluit niet uit dat dit wettelijk bewijsvermoeden in deze situaties wel ontzenuwd kan worden. Daarvoor is van belang dat het in deze voorbeelden gaat om minder voorzienbare vermogensschade, die in relatief ver verwijderd verband met het gebrek staat.⁴⁶ Daarnaast is discussie mogelijk over de vraag of dit soort schadeposten op grond van art. 6:98 BW nog wel in redelijkheid aan de non-conformiteit kunnen worden toegerekend.⁴⁷ Mogelijk kon in deze voorbeelden op grond van art. 6:101 BW van de consument ook schadebeperkend handelen worden

gevergd, zoals bijvoorbeeld het doorgeven van de kooporder via internet.

8. Gelijk hebben is niet hetzelfde als gelijk krijgen

Hiervoor heb ik toegelicht dat de consument-koper in beginsel recht heeft op schadevergoeding wanneer hij vanwege reparatie zijn zaak tijdelijk moest missen, in elk geval waar het gaat om de huurprijs voor een vervangende zaak. In de praktijk (b)lijken verkopers echter niet steeds bereid om de consument-koper tegemoet te komen door ofwel zelf een vervangende zaak aan te bieden (schadevergoeding in natura) danwel zich bereid te verklaren om de huurkosten van een vervangend product te voldoen (schadevergoeding in geld). Wat dan?

Art. 6:103 BW is genoemd als oplossing voor deze situatie. Deze bepaling biedt de bevoegdheid om gebruik van een vervangende zaak bij wijze van schadevergoeding in natura te vorderen. Toewijzing van de op art. 6:103 BW geënte vordering vergt echter een gang naar de rechter of alternatieve geschilbeslechter. Het verkrijgen van een uitspraak over de vordering ex art. 6:103 BW zal doorgaans langer duren dan de reparatie en procederen is daarnaast relatief kostbaar. Het lijkt mij weinig waarschijnlijk dat een consument-koper een kortgedingprocedure start om via art. 6:103 BW schadevergoeding in natura af te dwingen wanneer de verkoper hem niet vrijwillig een vervangende stofzuiger, telefoon of blender leent. Daarmee blijft art. 6:103 BW een theoretische mogelijkheid. Dat verklaart waarschijnlijk ook dat ik geen gepubliceerde uitspraken vond waarin art. 6:103 BW in dit type situaties werd toegepast.

De consument-koper kan voorts (ook na de reparatie) schadevergoeding vorderen. Weigert de verkoper vrijwillig de schade te voldoen, dan kan de koper een procedure bij de overheidsrechter starten. De kosten van die procedure, zoals het griffierecht, de deurwaarderskosten en eventueel de kosten van een rechtshulpverlener, zullen echter vaak niet opwegen tegen de baten (schadevergoeding). De forfaitaire te begroten vergoeding voor de kosten van de rechtshulpverlener is bijvoorbeeld niet kostendekkend.⁴⁸ Vaak is (bijvoorbeeld via de algemene voorwaarden bij het koopcontract) ook voorzien in alternatieve geschilbeslechting, zoals bindend advies door de Geschillencommissie consumentenzaken. De procedurekosten voor beide partijen zijn dan vaak lager⁴⁹ en bij een geschillencommissie kan in de regel eenvoudiger zonder rechtsbijstand worden geprocedeerd.

41 Zie o.m. HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, HR 21 februari 1997, NJ 1999/45, en HR 15 maart 2019, NJ 2019/162 (EBI).

42 Zie bijv. rb. Midden-Nederland 24 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2453, r.o. 4.4.

43 Art. 241 Rv.

44 Het reglement van de Geschillencommissie consumentenzaken (versie 2019) bepaalt bijv. in art. 21 dat beide partijen in beginsel hun eigen proceskosten dragen.

45 Zie par. 6.

46 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5826, r.o. 4.7, en rb. Den Haag 19 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:5430, r.o. 4.9 e.v.

47 Juist bij (zuivere) vermogensschade is de voorzienbaarheid een belangrijke factor bij de beoordeling van de redelijke toerekening, zie R.J.B. Boonekamp (GS *Schadevergoeding*), aant. 4.6 bij art. 6:98 BW.

48 Slechts in intellectuele-eigendomszaken en waar het voeren van de procedure misbruik van bevoegdheid behelst, bestaat aanspraak op vergoeding van de werkelijke proceskosten. Zie over dat laatste HR 6 april 2012, NJ 2012/233 (*Duka/Achmea*).

49 De Geschillencommissie voor Consumentenzaken berekent bijv. een griffierecht van € 52,50 voor de behandeling van een klacht. Dit bedrag wordt in geval van winst van de procedure aan de consument vergoed.

De consument-koper die op een onwillige verkoper stuit, kan in een procedure bij de (kanton)rechter of geschillencommissie echter in een ingewikkelde discussie belanden over aansprakelijkheid (de oorzaak en ontstaansdatum van de non-conformiteit), causaliteit en vooral schade. De uitkomst van dat debat zal voor een consument niet altijd makkelijk te voorspellen zijn. De realiteit is waarschijnlijk dat voor veel consumenten de kosten en moeiten van een procedure met een voor hen ongewisse uitkomst niet opwegen tegen de baten. Mijn verwachting is dat veel consumenten het erbij laten zitten.

De realiteit is waarschijnlijk dat voor veel consumenten de kosten en moeiten van een procedure met een voor hen ongewisse uitkomst niet opwegen tegen de baten

Het spreekt niet aanstonds aan dat verkopers van non-conforme producten geen oplossing of schadevergoeding bieden, waar zij daartoe veelal wel gehouden zijn. In dat soort situaties kunnen collectieve acties een passende oplossing vormen. In de literatuur is beschreven dat bij bijvoorbeeld een datalek, waarbij het voor benadeelden niet loont om voor een bescheiden schadevergoeding zelf te procederen, de collectieve actie een aantrekkelijke alternatief is.⁵⁰ Situaties zoals in dit artikel beschreven komen waarschijnlijk met een zekere frequentie voor. Het is voorstelbaar dat een consumentenorganisatie aanstuurt op een gebundelde behandeling van de daaruit voortvloeiende claims. Het is inmiddels mogelijk om via een collectieve actie ook scha-

devergoeding te vorderen.⁵¹ Wellicht is dat in dit soort situaties echter te bewerkelijk, omdat in beginsel per klant aangetoond moet worden welke concrete kosten voor de huur van een vervangend product zijn gemaakt. Een verklaring voor recht dat de verkoper die niet (gratis) een vervangende zaak ter beschikking stelt voor de reparatieperiode schadeplichtig is, zou echter eenvoudig(er) gevraagd kunnen worden. Mogelijk dat een consumentenorganisatie (tevens) de geldigheid zou willen laten toetsen van bedingen die aansprakelijkheid van de verkoper voor de kosten van huur van een vervangende zaak uitsluiten.⁵²

9. Conclusie

Strikt genomen heeft de verkoper uit het voorbeeld gelijk, in de zin dat de wet niet rechtstreeks voorziet in een recht op een vervangende zaak. Het schadevergoedingsrecht kan de verkoper van de non-conforme zaak echter wel degelijk verplichten om een vervangende zaak te verstrekken (schadevergoeding in natura) dan wel de kosten van de huur van een vervangende zaak te vergoeden (schadevergoeding in geld). Veel consument-kopers zullen niet zelf een procedure entameren om deze aanspraak in te roepen. Mogelijk dat consumentenorganisaties dat namens hen (gaan) doen.

Dit artikel is afgesloten op 29 augustus 2024.

Over de auteur

Mr. E.A.L. (Elisabeth) van Emden

Advocate bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag, fellow aan het Onderzoekscentrum Onderneming en Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en redacteur van dit tijdschrift.

50 Zie bijv. T.E. van der Linden & T. Walree, 'De collectieve procedure als oplossing voor het privaatrechtelijke handhavingstekort bij een datalek', in: T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens*, Deventer: Kluwer 2021, en M. Gülcür, 'Collectieve acties wegens inbreuk op de Algemene verordening gegevensbescherming', *MvM* 2022/9. Overigens is nog niet gegeven dat bij ieder datalek ook aanspraak op immateriële schadevergoeding bestaat.

51 Art. 3:305a BW, sinds 2020 gewijzigd op grond van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA).

52 Art. 6:240 BW geeft een representatieve belangenorganisatie de mogelijkheid om standaardbedingen in abstracte wijze te laten toetsen door de rechter.