



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande

Loos, M.B.M.

Published in:
Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Loos, M. B. M. (2019). Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2019(3), 106-116.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<http://dare.uva.nl>)

Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande

Op 20 mei 2019 zijn de nieuwe Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud gepubliceerd. In deze bijdrage wordt de kern van beide nieuwe richtlijnen beschreven en wordt aangegeven hoe deze zich verhouden tot de huidige regeling in titel 7.1 BW.

1. Inleiding

Op 20 mei 2019 zijn de nieuwe Richtlijn consumentenkoop¹ en de Richtlijn digitale inhoud² gepubliceerd.³ In deze bijdrage wordt de kern van beide nieuwe richtlijnen beschreven en aangegeven hoe deze zich verhouden tot de huidige regeling in titel 7.1 BW. Daarbij zullen de nieuwe richtlijnen worden aangehaald als de Richtlijn consumentenkoop 2019 en de Richtlijn digitale inhoud. De voorlopige versie van de tekst van de beide richtlijnen kan worden gedownload als bijlage bij het persbericht van de Raad van Ministers.⁴

De oorspronkelijke richtlijnvoorstellen⁵ waren op 9 december 2015 ingediend door de Europese Commissie. De beide richtlijnvoorstellen gingen uit van volledige harmonisatie en zouden elkaar moeten aanvullen. Beide richtlijnvoorstellen zijn echter op fundamentele kritiek gestuit.⁶ Ten aanzien van de ontwerprichtlijn voor de levering van digitale inhoud is het vooral moeilijk gebleken de gevolgen van ontbinding van de overeenkomst wegens nonconformiteit en de mogelijkheid tot wijziging en opzegging te regelen. Op de ontwerp-richtlijn voor online of anderszins op afstand gesloten overeenkomsten tot levering van zaken is, naast kritiek op de inhoud van de afzonderlijke artikelen van het voorstel, ook uitgebreide kritiek gekomen ten aanzien van het toepassingsgebied van het voorstel. De richtlijn zou namelijk voor op afstand gesloten overeenkomsten in de plaats moeten komen van de huidige regeling van de Richtlijn consumentenkoop. Voor niet op afstand gesloten overeenkomsten zou de uit 1999 daterende Richtlijn consumentenkoop (hierna: Richtlijn consumentenkoop 1999)⁷ echter blijven gelden. Daarmee zouden – zonder dat hiervoor een duidelijke rechtvaardiging bestaat – op nationaal niveau twee

verschillende regelingen voor de consumentenkoop bestaan die op onderdelen sterk van elkaar verschillen. In 2017 heeft de Europese Commissie het richtlijnvoorstel voor online of anderszins op afstand gesloten overeenkomsten tot levering van zaken vervangen door een gewijzigd voorstel,⁸ dat ook de Richtlijn consumentenkoop 1999 moest vervangen. Ook hierbij wordt uitgegaan van volledige harmonisatie. In beide nieuwe richtlijnen is op onderdelen echter sprake van minimumharmonisatie. Mede vanwege die aanpassingen zijn de richtlijnvoorstellen uiteindelijk door Raad en Parlement aanvaard.

2. Toepassingsgebied

Het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenkoop 2019 sluit grotendeels aan bij de huidige consumentenkoop uit 1999. De nieuwe Richtlijn digitale inhoud sluit vervolgens inhoudelijk weer sterk aan bij de regeling voor de consumentenkoop.

De beide richtlijnen zijn alleen van toepassing op overeenkomsten tussen een professionele verkoper of leverancier en een consument.⁹ Het begrip ‘consument’ is daarbij beperkt tot natuurlijke personen die handelen voor doeleinden die buiten hun handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsmatige activiteiten liggen.¹⁰ Overeenkomsten die worden gesloten met natuurlijke personen die zowel als consument als voor professionele doeleinden handelen, vallen in beginsel buiten het toepassingsgebied van de richtlijn. Het staat de lidstaten echter vrij om dergelijke overeenkomsten onder het toepassingsgebied van de richtlijn te laten vallen indien het zakelijke element ‘niet

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift

1. Richtlijn (EU) 2019/771, *PbEU* 2019, L 136/28.

2. Richtlijn (EU) 2019/770, *PbEU* 2019, L 136/1.

3. Zie het persbericht van de Raad van Ministers van 15 april 2019, te vinden via www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/04/15/eu-adopts-new-rules-on-sales-contracts-for-goods-and-digital-content/ (laatst bezocht op 17 april 2019).

4. Zie www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/04/15/eu-adopts-new-rules-on-sales-contracts-for-goods-and-digital-content/ (laatst bezocht op 17 april 2019).

5. Zie COM(2015)634 final voor het richtlijnvoorstel betreffende digitale inhoud en COM(2015)635 final voor het richtlijnvoorstel voor online gesloten koopovereenkomsten.

6. Zie over de oorspronkelijke richtlijnvoorstellen uitgebreid M.B.M. Loos, ‘Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (I) en (II)’, *NtER* 2016, afl. 3, p. 114-120 en 2016, afl. 4, p. 148-156; A.L.B. Colombi Ciacchi & E.A.G. van Schagen, ‘Van een optioneel kooprecht naar een volledig geharmoniseerd online én offline digitaal kooprecht?’, *NTBR* 2016, afl. 5, p. 152-158; zie ten aanzien van het richtlijnvoorstel digitale inhoud ook D.J.B. Op Heij, ‘De gebruiksfunctie voor de consument als uitgangspunt bij de definiëring van het begrip “digitale inhoud”’, *TvC* 2017, afl. 4, p. 157-165.

7. Richtlijn 1999/44/EG, *PbEG* 1999, L 171/12.

8. COM(2017)637 final.

9. Zie artikel 3 lid 1 Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 3 lid 1 Richtlijn digitale inhoud.

10. Zie artikel 2 onderdeel 2 Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 2 onderdeel 6 Richtlijn digitale inhoud.

overheersend' is in de algehele context van de overeenkomst.¹¹ Daarmee wordt de lidstaten in ieder geval de mogelijkheid geboden om 'dual purpose'-contracten onder het toepassingsgebied van de implementatiewetgeving te laten vallen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als iemand een koffer koopt voor vakanties en zakenreizen, of een laptop om mee te gamen en als tekstverwerker te gebruiken. Bij een strikte omschrijving van het begrip 'consument' zou de aankoop van de koffer of laptop al snel als een koop tussen twee professionele partijen kunnen worden aangemerkt, terwijl de koper zich in dergelijke situaties in vrijwel niets onderscheidt van een 'gewone' consument. Ook een uitbreiding van het toepassingsgebied tot natuurlijke personen of rechtspersonen die buiten de omschrijving van het begrip 'consument' vallen, zoals tot gevallen waarin de wederpartij van de verkoper of leverancier een ngo, een start-up of een kleine onderneming is, is toegestaan.¹² Aangezien in beide gevallen het gaat om de toepassing van nationale omzettingbepalingen op niet door het Europese recht geregelde situaties, zou een dergelijke uitbreiding overigens ook zonder de uitdrukkelijke overwegingen in de preambules toegestaan zijn.

Artikel 3 Richtlijn consumentenkoop 2019 maakt duidelijk de richtlijn niet van toepassing is op de levering van digitale inhoud of digitale diensten, maar dat zij wél van toepassing is op de levering van goederen met digitale elementen, oftewel op goederen met *embedded software*. Daarvan is sprake indien de digitale elementen noodzakelijk zijn voor het goed functioneren van de gekochte zaak, maar verder ondergeschikt zijn aan de te leveren fysieke zaak.¹³ Zo zullen een slimme koelkast, die 'zelf' bestellingen kan doen bij een supermarkt als bepaalde goederen op zijn, en de levering van een navigatiesysteem met digitale inhoud en updates daarvan onder de koopregeling vallen. Een los abonnement op een updateservice valt echter uitsluitend onder de regeling voor digitale inhoud. Bij een cd of dvd waarop muziek of een film staat, is de roerende drager in feite een bijproduct die geen zelfstandige functie of bestemming heeft en gaat het de consument om de opgeslagen digitale inhoud. Anders dan naar geldend recht zal de koop van een cd daarom in de toekomst niet onder de koopregeling, maar onder de regeling voor digitale inhoud vallen.¹⁴ Datzelfde geldt voor een fitnessapp die gebruikmaakt van een fysieke drager, maar waarbij die drager geen zelfstandige functie heeft en deze

niet kan functioneren zonder de digitale inhoud. Zodra de drager ook andere functies heeft – zoals een smartphone of horloge – is echter niet de Richtlijn digitale inhoud, maar de Richtlijn consumentenkoop 2019 van toepassing.¹⁵ De afgrenzing tussen de levering van roerende zaken met *embedded software* (Richtlijn consumentenkoop 2019) en de levering van digitale inhoud op een duurzame drager waarbij de drager uitsluitend als drager van de digitale inhoud wordt gebruikt (Richtlijn digitale inhoud) zal naar mijn verwachting in de praktijk nog problemen gaan opleveren. Wat de hoofdzaak en wat de bijzaak is, lijkt mij in veel gevallen nu al discutabel (is de digitale inhoud bij een navigatiesysteem eigenlijk wel de bijzaak?) en bovendien iets wat in de nabije toekomst al technologisch achterhaald kan zijn. Weliswaar wijkt de Richtlijn digitale inhoud in twijfelgevallen ten gunste van de toepasselijkheid van de Richtlijn consumentenkoop 2019,¹⁶ maar grensgevallen zullen daarmee niet steeds voorkomen kunnen worden.

Evenals onder de Richtlijn consumentenkoop 1999 zijn koopovereenkomsten die worden gesloten bij executoriale verkoop uitgezonderd van het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenkoop 2019.¹⁷ Daarnaast behouden de lidstaten de mogelijkheid om de verkoop van tweedehands goederen op een openbare veiling van het toepassingsgebied van de regeling uit te sluiten.¹⁸ Het begrip 'openbare veiling' is daarbij in artikel 2 onderdeel 15 Richtlijn consumentenkoop 2019 zo omschreven dat de consument de mogelijkheid moet hebben om fysiek aanwezig te zijn bij de veiling en dat de veiling plaatsvindt onder leiding van een veilingmeester.¹⁹ De meeste onlineveilingen zullen niet aan deze eisen voldoen, en daarmee in ieder geval onder het toepassingsbereik van de Richtlijn consumentenkoop 2019 vallen. Opmerkelijk is dat de lidstaten, anders dan onder de Richtlijn consumentenkoop 1999, de mogelijkheid krijgen om de koop van dieren uit te sluiten van het toepassingsgebied van het kooprecht.²⁰ Dat zou de mogelijkheid bieden om het bewijsvermoeden van artikel 7:18 lid 2 BW niet (langer) op de koop van dieren toe te passen, of daar een andere periode voor te hanteren dan voor de koop van (andere) zaken. Het lijkt dan ook aannemelijk dat er stevig gelobbyd zal gaan worden in Den Haag, gelet op de parlementaire discussies die plaatsvonden ten tijde van de omzetting van de oude Richtlijn consumentenkoop.²¹

11. Zie overweging (22) Richtlijn consumentenkoop 2019 en overweging (17) preambule Richtlijn digitale inhoud. De Engelse tekst zegt in beide gevallen dat het zakelijke element 'so limited as not to be predominant' zou moeten zijn.

12. Zie overweging (21) Richtlijn consumentenkoop 2019 en overweging (16) preambule Richtlijn digitale inhoud.

13. Zie de definitie van het begrip 'goederen' in artikel 2 onderdeel 5 Richtlijn consumentenkoop 2019 en de 'scope'-bepaling van artikel 3 lid 4 Richtlijn digitale inhoud.

14. Zie artikel 3 lid 4 onderdeel a Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 3 lid 4 Richtlijn digitale inhoud.

15. Zie artikel 3 lid 4 tweede zin en overweging (21) preambule Richtlijn digitale inhoud.

16. Zie wederom artikel 3 lid 4 tweede zin en overweging (21) preambule Richtlijn digitale inhoud.

17. Artikel 3 lid 4 onderdeel b Richtlijn consumentenkoop 2019.

18. Artikel 3 lid 5 onderdeel a Richtlijn consumentenkoop 2019.

19. Deze omschrijving sluit aan bij de definitie van hetzelfde begrip in artikel 2 onderdeel 13 Richtlijn consumentenrechten en de overeenkomstige bepaling van artikel 6:230g lid 1 onderdeel j BW.

20. Zie artikel 3 lid 5 onderdeel b Richtlijn consumentenkoop 2019.

21. Ik roep in herinnering de in *Kamerstukken I 2002/03, 27809, 32*, p. 2, genoemde voorbeelden van binnen zes maanden na aflevering stervende planten en dieren: de cavia die door onhandigheid van een spelend kind valt en zijn nek breekt, de sterfte van tropische vissen door falende verwarmingsapparatuur, de planten die door onvoldoende belichting of verzorging wegwijnen, en de halsbandparkiet die sterft nadat hij een sopje heeft binnengekregen bij het schoonmaken van zijn kraagje. Uiteindelijk gaat het hier om een (rechtspolitieke) vraag van verdeling van het bewijsrisico over partijen: degene die de bewijslast draagt, zal er vanwege de kosten vaak van afzien om het vereiste onderzoek naar de oorzaak van het gebrek te doen. Een tussenoplossing kan wellicht worden geboden door aan het bewijs van

Beide richtlijnen bepalen dat, in navolging van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn consumentenrechten, zij geen gevolgen hebben voor het nationale contractenrecht voor zover zij geen specifieke regeling op dat terrein bevatten.²² Dat betekent dat de regels over de wijze van contractsluiting, geldigheid en nietigheid van overeenkomsten, en de gevolgen van overeenkomsten in beginsel (zoals de plaats van levering van de zaken, de digitale inhoud of de digitale dienst, en de plaats en het tijdstip voor betaling van de prijs) onder het nationale contractenrecht blijven vallen.²³ Minder duidelijk is dat ten aanzien van het wilsgebrek dwaling, voor zover het gaat om feiten die ook onder het feitencomplex kunnen worden geplaatst die kunnen leiden tot een geslaagd beroep op non-conformiteit: net als onder het Weens Koopverdrag zou discussie kunnen ontstaan over de vraag of de regeling van de richtlijn op dit punt niet derogeert aan het nationale contractenrecht.²⁴

Voor wat betreft de Richtlijn digitale inhoud geldt een breed toepassingsgebied: de richtlijn is niet alleen van toepassing op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud die geïndividualiseerd is en waarover de consument de feitelijke macht kan uitoefenen, zoals bij downloads, maar ook op overeenkomsten tot levering van digitale diensten, zoals bij streaming, clouddiensten, en bij overeenkomsten waarbij de consument slechts toegang wordt verleend tot digitale inhoud, zoals bij online gespeelde games. De richtlijn heeft daarmee al een aanzienlijk breder bereik dan de huidige regeling van artikel 7:5 lid 5 BW.²⁵ Een verdere uitbreiding bestaat erin dat de richtlijn ook van toepassing is wanneer de consument geen prijs in geld betaalt, maar persoonsgegevens verstrekt of zich verplicht dat te doen. Voorwaarde is dan wel dat die persoonsgegevens niet uitsluitend door de handelaar worden gebruikt om de digitale inhoud of de digitale dienst te kunnen leveren of om te kunnen voldoen aan wettelijke vereisten (bijvoorbeeld in het kader van de bestrijding van het witwassen van geld of van terrorisme).²⁶ De richtlijn is niet van toepassing indien de leverancier alleen metadata verzamelt, zoals informatie over het door de consument gebruikte device of zijn zoekgeschiedenis, en deze informatie niet wordt doorgegeven aan derden, tenzij deze situatie naar nationaal recht als een contractuele verhouding wordt beschouwd.²⁷ Zij is evenmin van toepassing indien de consument geen persoonsgegevens verschaft, maar in ruil voor toegang tot digitale inhoud of digitale diensten wordt blootgesteld aan advertenties. Dat betekent dat diensten als YouTube buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, zo-

lang zij niet tevens persoonsgegevens verzamelen en gebruiken voor commerciële doeleinden. Het staat de lidstaten bovendien vrij om het toepassingsgebied van de richtlijn uit te breiden tot dergelijke verhoudingen of om daar eigen regelgeving voor te ontwikkelen.²⁸

De Richtlijn digitale inhoud is ook van toepassing op overeenkomsten waarbij de digitale inhoud of dienst wordt ontwikkeld in overeenstemming met de specificaties van de consument.²⁹ Daarmee wordt een equivalent ontwikkeld voor de koop van nog te produceren roerende zaken, waarop de consumentenkoopregeling volgens het huidige artikel 7:5 lid 4 BW naast het aannemingsrecht van toepassing is, en waarbij de koopregeling in geval van strijd dwingendrechtelijk voorgaat. Voor de levering van nog te ontwikkelen digitale inhoud of diensten zal sprake kunnen zijn van samenloop met de regeling van de overeenkomst van opdracht, maar ook hier zal de implementatiewetgeving voorrang krijgen in geval van strijd.

3. Levering van de digitale inhoud

Naar geldend recht bepaalt artikel 7:9 lid 4 BW dat de verkoper de verkochte zaak onverwijld en in ieder geval binnen dertig dagen na de contractsluiting dient af te leveren, tenzij partijen een andere termijn zijn overeengekomen. Indien de termijn niet wordt nagekomen, moet de consument de verkoper volgens artikel 7:19a BW in beginsel in gebreke stellen en een termijn geven om alsnog tot levering over te gaan, alvorens hij de overeenkomst kan ontbinden. Deze bepalingen, die voortvloeien uit de implementatie van artikel 18 Richtlijn consumentenrechten, zijn op grond van de beginwoorden van artikel 7:5 lid 5 BW niet van toepassing op de levering van digitale inhoud die niet op een duurzame drager wordt geleverd. Dat is vanuit Europeesrechtelijk perspectief niet zo vreemd: de Richtlijn consumentenrechten voerde op dit punt alleen voor koopovereenkomsten een regeling die nog ontbrak in de Richtlijn consumentenkoop. Vanuit nationaalrechtelijke optiek is zij merkwaardiger, omdat hiermee het primaire recht op nakoming lijkt te worden onthouden aan de consument die digitale inhoud downloadt. Dit 'probleem' zal in de toekomst opgelost worden, aangezien in de nieuwe Richtlijn digitale inhoud uitdrukkelijk wordt voorzien in een overeenkomstige regeling van de leveringsplicht en de voorwaarden voor het intreden van het verzuim van de leverancier.³⁰ De richtlijn kent de consument overigens slechts het recht op ontbinding toe, terwijl daarnaast op grond van het nationale contractenrecht ook een recht op schadevergoeding be-

de non-conformiteit strengere eisen stellen dan het enkele feit dat het dier dood is, bijvoorbeeld door de koper gemotiveerd te laten stellen hoe hij met het dier is omgegaan en hoe het dier zich voorafgaande aan het overlijden heeft gedragen; hieruit kunnen dan mogelijk aanwijzingen worden afgeleid voor het al dan niet aanwezig zijn van een ziekte als mogelijke doodsoorzaak.

22. Zie artikel 3 lid 6 Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 3 lid 10 Richtlijn digitale inhoud.

23. Zie overweging (18) in de preambule van de Richtlijn consumentenkoop 2019.

24. Zie M.B.M. Loos & H.N. Schelhaas, 'Commercial Sales: The Common European Sales Law compared to the Vienna Sales Convention', *E.R.P.L.* 2013, afl. 1, p. 110, met verwijzingen.

25. Het ligt dan ook voor de hand dat de bepalingen over digitale inhoud in een nieuwe titel 7.1A (met hernoeming van de huidige titel 7.1A over timeshare als titel 7.1B BW), of in een nieuwe afdeling 7.1.11 BW worden opgenomen.

26. Zie artikel 3 lid 1 tweede zin Richtlijn digitale inhoud.

27. Zie overweging (25) preambule Richtlijn digitale inhoud.

28. Zie overweging (25) preambule Richtlijn digitale inhoud.

29. Zie artikel 3 lid 2 Richtlijn digitale inhoud.

30. Zie artikel 5 lid 1 en artikel 13 Richtlijn digitale inhoud.

staat. Een recht om alsnog in rechte levering *af te dwingen* – analoog aan het recht om nakoming bij een non-conformiteit te vorderen – kent de richtlijn de consument overigens niet toe. Aangenomen mag worden dat artikel 3:296 BW hiervoor alsnog een geldige grondslag biedt.

4. Conformiteit

Waar de hele regeling van de (non-)conformiteit onder de oude Richtlijn consumentenkoop beperkt was tot drie artikelen, kent de nieuwe Richtlijn consumentenkoop 2019 maar liefst twaalf bepalingen die betrekking hebben op de vaststelling en de gevolgen van (non-)conformiteit. In de kern is de regeling echter grotendeels ongewijzigd gebleven of vormt zij een codificatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Artikel 4 Richtlijn consumentenkoop 2019 bepaalt in de eerste plaats dat de zaak geschikt moet zijn voor bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien, dat uitdrukkelijk overeengekomen eigenschappen aanwezig dienen te zijn, en dat ook overeengekomen updates geleverd moeten worden. Artikel 5 voegt daaraan toe dat de zaak ook geschikt moet zijn voor het normaal gebruik daarvan, waarbij onder meer naar de aard van de zaak moet worden gekeken, waaronder ook de duurzaamheid, de functionaliteit, de compatibiliteit en de veiligheid die van de zaak mag worden gevraagd, mede op basis van mededelingen of verklaringen van de verkoper of eerdere schakels in de distributieketen, waaronder uiteraard ook mededelingen van de producent. Deze bepalingen komen overeen met wat hierover naar geldend recht in artikel 7:17 en 18 lid 1 BW geregeld is. Ook artikel 7:18 lid 3 BW hoeft niet te worden gewijzigd, nu artikel 6 Richtlijn consumentenkoop 2019 overeenkomt met de regeling in het huidige artikel 2 lid 5 Richtlijn consumentenkoop. Artikel 6, 6a en 7 Richtlijn digitale inhoud bevatten overeenkomstige bepalingen, zij het dat ‘installatie’ hier ‘integratie in de digitale omgeving van de consument’ wordt genoemd.

Wel nieuw is de verplichting van de verkoper om de consument te informeren over updates die nodig zijn om ervoor te zorgen dat de *embedded software* van de geleverde zaken aan de koopovereenkomst blijft voldoen, en de verplichting om die updates te leveren gedurende een redelijke termijn na de levering van de zaken indien de overeenkomst bestond uit de eenmalige levering van zaken, of gedurende de gehele periode waarin de verkoper aansprakelijk is in het geval van voortdurende levering van zaken.³¹ Een gebrekkige of onvolledige update wordt als gelijkgesteld met de non-conformiteit van de geleverde

zaak, digitale inhoud of digitale dienst zelf.³² De verkoper is niet aansprakelijk voor een non-conformiteit die voortvloeit uit het feit dat de consument nalaat een update te installeren, indien (1) de verkoper de consument heeft geïnformeerd over het beschikbaar zijn van de update en de gevolgen van het niet installeren van de updates, en (2) het niet (goed) installeren van de update niet het gevolg is van een gebrek in de gebruiksaanwijzing voor de installatie van de update.³³ Nieuw is ook dat een verkoper alleen dan niet aansprakelijk is voor een gebrek waarvan de koper op het moment van de contractsluiting op de hoogte was indien de consument de afwijking uitdrukkelijk en afzonderlijk heeft aanvaard.³⁴ Als een consument een tweedehands auto koopt, hoeft hij dus niet langer te vrezen dat deze een verborgen gebrek vertoont dat hij bij een van hem te vergen aankoopkeuring had kunnen ontdekken: dergelijke gebreken had de verkoper hem moeten melden, ook al had de consument deze zelf kunnen constateren. De beperkte onderzoeksplicht die nu nog in artikel 7:17 lid 5 BW kan worden gelezen, zal bij de implementatie van de nieuwe richtlijn dus moeten worden geschrapt. De Richtlijn digitale inhoud bevat ook op deze punten een overeenkomstige regeling.³⁵ Specifiek voor die richtlijn wordt tevens bepaald dat, tenzij partijen hiervoor anders afspreken, de leverancier de nieuwste versie van de digitale inhoud of de digitale dienst moet leveren die op het moment van de contractsluiting beschikbaar is.³⁶

Een heet hangijzer bij eerdere pogingen tot herziening van de Richtlijn consumentenkoop was het voornemen om ook bij de duur van de periode waarvoor de verkoper aansprakelijk zou zijn voor gebreken, uit te gaan van volledige harmonisatie. Van dat voornemen is bij beide richtlijnen uiteindelijk afstand gedaan. Artikel 8 Richtlijn consumentenkoop 2019 bepaalt nu weliswaar dat de verkoper slechts aansprakelijk is voor gebreken die zich binnen 2 jaar na aflevering hebben gemanifesteerd,³⁷ maar de lidstaten hebben de mogelijkheid gekregen om een langere periode te handhaven of in te voeren.³⁸ Wanneer zaken met digitale elementen zijn geleverd en overeen is gekomen dat de digitale elementen voortdurend zouden worden geleverd, geldt dat indien een langere periode van levering is overeengekomen, de verkoper gedurende die langere periode aansprakelijk is voor gebreken in de digitale inhoud of digitale dienst.³⁹ De keuze voor minimumharmonisatie op dit punt brengt mee dat artikel 7:17 BW, dat uitgaat van de economische levensduur van de geleverde zaken, niet hoeft te worden aangepast.⁴⁰ Daarmee zou bovendien de eenheid tussen de regels voor de koop en die voor digitale inhoud en digitale diensten

31. Artikel 7 lid 3 Richtlijn consumentenkoop 2019.

32. Zie overweging (28) in de preambule van de Richtlijn consumentenkoop 2019 en overweging (44) preambule Richtlijn digitale inhoud.

33. Artikel 7 lid 4 Richtlijn consumentenkoop 2019.

34. Artikel 7 lid 5 Richtlijn consumentenkoop 2019; zie ook overweging (36) preambule Richtlijn consumentenkoop 2019.

35. Zie artikel 8 lid 2 en artikel 3 en 5 Richtlijn digitale inhoud.

36. Zie artikel 8 lid 6 Richtlijn digitale inhoud.

37. Artikel 10 lid 1 Richtlijn consumentenkoop 2019.

38. Artikel 10 lid 3 Richtlijn consumentenkoop 2019.

39. Artikel 10 lid 2 Richtlijn consumentenkoop 2019. Ook op dit punt geldt volgens lid 3 minimumharmonisatie.

40. Artikel 10 lid 6 Richtlijn consumentenkoop 2019 bepaalt, net als artikel 7 lid 1 tweede zin Richtlijn consumentenkoop 1999, overigens dat de lidstaten de mogelijkheid hebben om bij de koop van tweedehands zaken contractuele beperkingen van de aansprakelijkheid van de verkoper tot één jaar na aflevering toe te staan. Van die mogelijkheid heeft Nederland in het verleden geen gebruik gemaakt. Daar is mijns inziens ook nu geen reden voor: de conformiteitseis zelf is flexibel genoeg om rekening te houden met het feit dat een zaak tweedehands was, aangezien de koper van een dergelijke zaak vaak minder hoge verwachtingen mag hebben dan van een nieuwe zaak.

verstevigd worden, aangezien voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud en digitale diensten eveneens wordt aangesloten bij de economische levensduur van de digitale inhoud of dienst.⁴¹

Het nieuwe artikel 7 Richtlijn consumentenkoop 2019 en de overeenkomstige bepaling in artikel 8 Richtlijn digitale inhoud over de rechten van derden lijken op het eerste gezicht een aanzienlijke wijziging van het geldende recht op te leveren. Naar geldend recht roepen artikel 7:15 en 20 BW een apart regime in het leven voor rechtsgebreken en het wegnemen daarvan. Dat neemt niet weg dat een rechtsgebrek óók non-conformiteit kan opleveren indien het rechtsgebrek ertoe leidt dat de consument de zaak niet kan gebruiken in overeenstemming met het normaal of overeengekomen bijzonder gebruik daarvan. Zo oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat de koper bij levering van een auto waarvoor geen kenteken kan worden afgegeven, naast een beroep op artikel 7:15 BW óók een beroep op artikel 7:17 BW, en daarmee op de remedies voor non-conformiteit, kon doen.⁴² In lijn met die gedachte bepaalt de nieuwe richtlijn dat wanneer rechtsgebreken, waaronder ook de rechten van intellectuele eigendom, in de weg staan aan het overeengekomen of normale gebruik van de zaken, de consument de rechten uit non-conformiteit kan uitoefenen. Dat betekent echter ook dat de uit artikel 7:22 lid 2 BW voortvloeiende hiërarchie van remedies van toepassing is, zodat de consument in de eerste plaats recht heeft op het wegnemen van de beperking en slechts subsidiair op prijsvermindering of ontbinding van de overeenkomst. De beide richtlijnen bieden de lidstaten echter de mogelijkheid om in plaats hiervan voor rechtsgebreken te bepalen dat de overeenkomst nietig is of dat de consument de overeenkomst kan vernietigen of ontbinden.

Een belangrijke wijziging ontstaat ten aanzien van de duur van de omkering van de bewijslast. Naar geldend recht moet de koper bewijzen dat de geleverde zaak of de geleverde digitale inhoud niet aan de overeenkomst beantwoordt. Het is daarbij overeenkomstig de risicoregeling van artikel 7:10 en 11 BW in beginsel aan de koper om te bewijzen dat het gebrek al op het moment van de aflevering bestond. Manifesteert het gebrek zich echter al binnen zes maanden na aflevering, dan is de bewijslast bij een consumentenkoop op grond van artikel 7:18 lid 2 BW omgedraaid en wordt vermoed dat het gebrek al bestond op het moment van aflevering, tenzij de verkoper bewijst dat het gebrek op dat moment nog *niet* bestond. Het Hof van Justitie heeft in het *Faber*-arrest⁴³ duidelijk gemaakt dat het daarbij om het bewijs van het tegendeel gaat: de verkoper kan er niet mee volstaan te bewijzen dat het gebrek ook kan zijn ontstaan door bepaalde gedragingen van de koper, maar hij moet bewijzen dat die gedragingen ook daadwerkelijk de oorzaak zijn geweest

van het later gebleken gebrek. In de nieuwe Richtlijn consumentenkoop 2019 wordt de periode gedurende welke de bewijslast is omgedraaid verlengd tot 1 jaar na aflevering,⁴⁴ maar de lidstaten mogen de termijn zelfs tot twee jaar na aflevering verlengen. Daarmee zal in sommige landen gelden dat de aansprakelijkheid beperkt is tot twee jaar na aflevering, maar dat gedurende die gehele periode de bewijslast dat het gebrek al voor aflevering bestond, is omgedraaid. In landen waar de aansprakelijkheidsperiode langer is, zoals in Nederland, zou ervoor gekozen kunnen worden de periode voor de omkering van de bewijslast tot één jaar beperkt te houden. Hiermee wordt wel meteen duidelijk dat de (mijns inziens wenselijke) keuze voor minimumharmonisatie zal leiden tot verschillen in de wetgeving in de lidstaten. Voor overeenkomsten tot levering van zaken met voortdurende levering van digitale elementen zal ten aanzien van gebreken in de digitale inhoud of de digitale dienst de bewijslast overigens steeds gedurende 2 jaar zijn omgedraaid, of gedurende een overeenkomstige langere periode indien de leveringsduur die termijn overstijgt.⁴⁵ Voor de Richtlijn digitale inhoud geldt een periode van één jaar indien het gaat om de eenmalige levering van digitale inhoud, zoals bij de levering van een muziekbestand, of de gehele contractperiode als het gaat om de voortdurende levering van digitale inhoud, zoals bij een abonnement op een virusscanner. Bovendien komt op de consument een medewerkingsverplichting te rusten om te kunnen beoordelen of de digitale omgeving van de consument de oorzaak van het gebrek is. De consument moet de verkoper dus wel in staat stellen om, zo dat er is, het tegendeelbewijs te *kunnen* leveren. Wanneer de consument zijn medewerkingsverplichting schendt, wordt dat terecht gesanctioneerd met het verval van de omkering van de bewijslast, zodat de consument weer gehouden is om aan te tonen dat het gebrek al op het moment van de aflevering bestond.⁴⁶

5. Gevolgen van non-conformiteit

5.1. Algemene bepalingen

In beide richtlijnen zijn enkele bepalingen opgenomen die een meer algemene betekenis hebben. Artikel 13 lid 1 Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 14 lid 1 Richtlijn digitale inhoud geven aan dat in geval van non-conformiteit de consument recht heeft op het in conformiteit brengen van de geleverde zaken, digitale inhoud of digitale dienst, ontbinding van de overeenkomst of prijsvermindering. Op de laatste remedie kan uiteraard geen beroep worden gedaan wanneer de digitale inhoud of dienst niet tegen betaling van een prijs in geld werd geleverd. Het recht op schadevergoeding is in geen van beide richtlijnen geregeld, maar wordt expliciet aan het nationale recht overgelaten.⁴⁷ De richtlijnen bieden ook de mogelijkheid tot (her)invoering van aanvullende remedies voor verborgen gebreken, terwijl ook directe aanspra-

41. Zie artikel 11 Richtlijn digitale inhoud.

42. Hof 's-Hertogenbosch 9 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:394 (*Niet registreerbare auto*).

43. HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *NJ* 2016/148 (*Faber*).

44. Zie artikel 11 lid 1 Richtlijn consumentenkoop 2019.

45. Zie artikel 11 lid 3 jo. artikel 10 lid 2 Richtlijn consumentenkoop 2019.

46. Artikel 12 Richtlijn digitale inhoud.

47. Zie artikel 3 lid 5 en de overwegingen (18) en (61) preambule Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 3 lid 10 en de overwegingen (14) en (73) preambule Richtlijn digitale inhoud.

kelijkheid voor eerdere schakels in de distributieketen of buitencontractuele aansprakelijkheid voor andere partijen toegestaan zijn.⁴⁸

De lidstaten kunnen ook bepalen dat aan de consument een specifieke remedie toekomt voor het geval de non-conformiteit al kort na aflevering aan het licht komt. Zo wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid toegestaan dat een consument een gebrekkige zaak kan weigeren en onmiddellijk de overeenkomst kan ontbinden of om een vervangende zaak kan vragen, mits deze sanctie alleen wordt toegestaan binnen een periode van niet meer dan 30 dagen na aflevering van de zaak.⁴⁹ De invoering van een dergelijke regeling in het Nederlandse recht kan worden overwogen, nu deze in zekere zin het spiegelbeeld vormt van de vereenvoudigde manier voor de verkoper om zich te beroepen op het recht van reclame bij wanbetaling door de koper, zoals dat in artikel 7:39 BW en verder is geregeld. De regeling zou daarmee goed passen in het systeem van het Nederlandse recht.

Artikel 12 Richtlijn consumentenkoop 2019 maakt duidelijk dat ook onder deze richtlijn lidstaten een klachtplicht mogen invoeren of handhaven. De voorwaarden waaraan een dergelijke bepaling moet voldoen, stemmen overeen met die uit de Richtlijn consumentenkoop 1999, zodat in dit opzicht er dus geen reden is voor aanpassing van artikel 7:23 lid 1 BW. Voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud of digitale diensten wordt in overweging (11) van de preambule van de Richtlijn digitale inhoud echter duidelijk gemaakt dat het aan de lidstaten *niet* is toegestaan een klachtplicht te handhaven of in te voeren. Op dit punt zal dus wel een aanpassing van het Nederlandse recht nodig zijn – ook al omdat ook artikel 6:89 BW buiten toepassing zal moeten blijven.

Artikel 13 lid 7 Richtlijn consumentenkoop 2019 laat het ten slotte expliciet aan de lidstaten over om te bepalen of en in welke mate een bijdrage van de consumentenkoop aan de non-conformiteit gevolgen kan hebben voor de aan de consument toekomende remedies. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om het geval waarin vaststaat dat de geleverde zaak gebrekkig was, maar de ernst van het gebrek aanzienlijk verergerd is door de wijze waarop de consument met de zaak is omgegaan. Een voorbeeld biedt een oude uitspraak van de Geschillencommissie Textiel en Schoenen,⁵⁰ waarin het ging om een bruidsjurk die was afgezet met rode tule, die niet bestand bleek tegen een hoosbui tijdens de trouwdag: de verf uit de tule gaf af, waardoor deze afgaf op de witte delen van de bruidsjurk. Omdat de bruid na afloop van de huwelijksdag de bruidsjurk in een doos propte in plaats van deze te drogen te hangen, verergerde het probleem. Naar Nederlands recht heeft een dergelijke handelwijze gevolgen voor de

hoogte van de schadevergoeding die de verkoper aan de consument zou moeten betalen⁵¹ en geldt een zorgplicht vanaf het moment dat de koper rekening dient te houden met de mogelijke latere ontbinding van de overeenkomst – zodat hij zelf schadeplichtig wordt indien de zaak niet in behoorlijke staat kan worden teruggeleverd door zijn onvoorzichtige optreden.⁵² Denkbaar is dat in een dergelijk geval de consument ook geen recht op *kosteloze* reparatie of vervanging heeft, maar een bijdrage aan de verkoper verschuldigd is. Een daartoe strekkende bepaling ontbreekt in het Burgerlijk Wetboek, maar zou op basis van de aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 of 2 BW) zo nodig in de contractuele verhouding tussen partijen kunnen worden ingelezen. Indien de wetgever zou willen overwegen hier een uitdrukkelijke bepaling voor op te nemen, ligt het mijns inziens voor de hand om die een bredere strekking te geven dan alleen voor de consumentenkoop: de problematiek kan immers in alle contractuele verhoudingen spelen. Juist omdat het hier om een vraag van algemeen contractenrecht gaat, staat het ontbreken van een overeenkomstige bepaling in de Richtlijn digitale inhoud ook niet in de weg aan de ontwikkeling van een algemene regeling.

5.2. Wegnemen van de non-conformiteit

Uitgangspunt van zowel de Richtlijn consumentenkoop 2019 als de Richtlijn digitale inhoud is dat de verkoper of leverancier de consument in geval van non-conformiteit alsnog dient te verschaffen waar de consument op grond van de overeenkomst recht op heeft. In het geval van een consumentenkoop heeft de consument het recht te kiezen tussen herstel en vervanging, tenzij de gekozen remedie niet beschikbaar is of voor de verkoper onevenredige kosten zou meebrengen, mede gelet op de waarde die de goederen zonder het gebrek zouden hebben en de ernst van het gebrek.⁵³ Dat voorkomt de moeizame regeling die op basis van het arrest *Weber/Wittmer* en *Putz/Medianess*⁵⁴ thans moet worden gevolgd. Volgens dit arrest heeft de consument steeds recht op kosteloos herstel dan wel vervanging, maar wanneer slechts een van deze sancties beschikbaar is, kan de verkoper in uitzonderlijke gevallen om een bijdrage van de consument in de kosten vragen – welk verzoek door de consument kan worden afgewezen, in welk geval van de verkoper niet kan worden geveerd tot herstel of vervanging over te gaan, en de consument alsnog moet kiezen voor ontbinding of prijsvermindering.⁵⁵ Onder de nieuwe regeling zou in een dergelijk geval direct geoordeeld worden dat herstel of vervanging niet van de verkoper kan worden geveerd.

48. Zie overweging (18) preambule Richtlijn consumentenkoop 2019 en overweging (12) preambule Richtlijn digitale inhoud.

49. Zie overweging (19) preambule Richtlijn consumentenkoop 2019, waarmee wordt verwezen naar de Engelse regeling van het 'right to reject'.

50. Geschillencommissie Textiel en Schoenen 22 juli 2009, TEX009-0002, niet gepubliceerd (*Bruidsjurk*).

51. Zie artikel 6:101 BW.

52. Zie artikel 7:10 lid 4 en artikel 6:273 BW.

53. Zie artikel 13 lid 2 en 3 Richtlijn consumentenkoop 2019.

54. HvJ EU 16 juni 2011, gevoegde zaken C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, NJ 2011/462 (*Weber/Wittmer* en *Putz/Medianess*). Zie over het arrest uitgebreid J.A. Luzak, 'Een storm in een glas water? Over de rechtsmiddelen van een consument bij non-conforme goederen na de beslissing van het Hof van Justitie in *Weber* en *Putz*', *TvC* 2014, afl. 5, p. 231-238.

55. Ik realiseer mij dat deze zin net zo lang en onbegrijpelijk is als de door het Hof van Justitie gevolgde redenering. Ook dat geeft aan dat de nieuwe regeling in de Richtlijn consumentenkoop 2019 op dit punt te prefereren valt boven de rechtspraak van het Hof.

Nieuw is voorts dat zowel bij herstel of vervanging wordt bepaald dat de consument de zaken ter beschikking van de verkoper moet stellen, terwijl de verkoper wordt verplicht de vervangen goederen terug te nemen.⁵⁶ Wanneer de zaken overeenkomstig hun aard en bestemming zijn geïnstalleerd door de consument voordat de non-conformiteit ontdekt werd, is de verkoper gehouden om deze zaken te verwijderen en te herinstalleren óf de kosten van het verwijderen en het herinstalleren aan de consument te vergoeden.⁵⁷ Daarmee wijkt de nieuwe richtlijn licht af van in de zaken *Weber/Wittmer* en *Putz/Medianess*⁵⁸ ontwikkelde regels, aangezien de verkoper volgens die rechtspraak niet kon volstaan met een kostenvergoeding. Wanneer de consument kiest voor vervanging van de non-conforme zaak, en vervanging ook van de verkoper kan worden gevergd, blijft de waardedaling die het gevolg is van het normale gebruik van de zaak voorafgaande aan de vervanging van de zaak, voor rekening van de verkoper. De consument kan dus niet worden verplicht een gebruiksvergoeding te betalen.⁵⁹ Deze bepaling kan worden gezien als een codificatie van het *Quelle*-arrest.⁶⁰ Een overeenkomstige bepaling voor het gebruik van de zaak in geval van ontbinding van de overeenkomst ontbreekt echter.⁶¹

De Richtlijn digitale inhoud kent een iets andere regeling voor het recht van de consument om de non-conformiteit van de digitale inhoud of dienst weg te nemen. Anders dan voor de koopregeling is bepaald, bepaalt de leverancier hoe het gebrek wordt weggenomen. Daartoe kan hij bijvoorbeeld een update uitbrengen van de digitale inhoud of dienst of een nieuwe kopie aan de consument ter beschikking stellen. De kosten voor het ontwikkelen van een update of het aan de consument ter beschikking stellen van een nieuwe kopie moeten echter door de leverancier worden gedragen,⁶² terwijl het probleem binnen een redelijke termijn nadat de leverancier over het gebrek is geïnformeerd dient te zijn opgelost. Ook hier geldt dat voor de beoordeling of van de verkoper kan worden gevergd dat hij het gebrek wegneemt, moet worden gekeken naar de waarde die de digitale inhoud of dienst zou hebben indien deze aan de overeenkomst zou beantwoorden en naar de ernst van het gebrek.⁶³

5.3. Ontbinding en prijsvermindering

De Richtlijn consumentenkoop 1999 kent een rangorde voor de in te roepen remedies bij non-conformiteit: de consument heeft eerst recht op herstel en vervanging, en

pas subsidiair op prijsvermindering en ontbinding. Deze rangorde is in artikel 7:22 lid 2 BW opgenomen, maar wordt in de rechtspraak soms ondermijnd door te stellen dat de ontbindingsbevoegdheid van artikel 7:22 BW *naast* die van artikel 6:265 BW staat.⁶⁴ In de praktijk gaat het dan vooral om het geval waarin een fatale termijn voor de nakoming is verstreken, zodat het verzuim van rechtswege is ingetreden: in een dergelijk geval behoeft immers volgens het algemene verbintenissenrecht geen ingebrekestelling te worden gezonden, zodat ontbinding direct mogelijk is, terwijl volgens artikel 7:22 lid 2 BW de consument de verkoper eerst in de gelegenheid moet stellen om de zaak te herstellen of te vervangen. Deze opvatting, die in feite aan artikel 7:22 lid 2 BW haar betekenis ontnemt en daarom mijns inziens onjuist is, kan naar geldend recht nog verdedigd worden met de stelling dat de richtlijn uitgaat van minimumharmonisatie, zodat het de Nederlandse wetgever vrijstaat om naast de bijzondere ontbindingsbevoegdheid óók een ontbindingsbevoegdheid op basis van het algemene verbintenissenrecht te hanteren. Of dat naar komend recht ook mogelijk is, is onduidelijk. Zowel de Richtlijn consumentenkoop 2019 als de Richtlijn digitale inhoud⁶⁵ maakt duidelijk dat de consument alleen dan recht heeft op ontbinding van de overeenkomst of prijsvermindering indien:

- de verkoper weigert de gebrekkige goederen terug te nemen of te (laten) verwijderen;
- na de poging de non-conformiteit weg te nemen hetzelfde of een ander gebrek zich manifesteert;⁶⁶
- het gebrek zo ernstig is dat onmiddellijke ontbinding of prijsvermindering gerechtvaardigd is;
- het wegnemen van de non-conformiteit ernstige overlast zou opleveren; of
- de verkoper verklaart of uit de omstandigheden duidelijk is dat het wegnemen van de non-conformiteit niet mogelijk is binnen een redelijke termijn.

Aan de andere kant bieden de beide richtlijnen ook wel enige grond voor twijfel: in de preambules van beide richtlijnen wordt gesteld dat de richtlijnen niet in de weg staan aan de toepassing van de regels voor verborgen gebreken.⁶⁷ Voor zover het algemene verbintenissenrecht zou worden toegepast in het geval van een (opnieuw te ontwikkelen) regeling voor verborgen gebreken, zoals dat onder het oude BW van voor 1992 gebeurde, lijken de richtlijnen dat mogelijk te maken.

56. Zie artikel 14 lid 2 Richtlijn consumentenkoop 2019.

57. Artikel 14 lid 3 Richtlijn consumentenkoop 2019.

58. HvJ EU 16 juni 2011, gevoegde zaken C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, NJ 2011/462 (*Weber/Wittmer* en *Putz/Medianess*).

59. Artikel 14 lid 4 Richtlijn consumentenkoop 2019.

60. HvJ EG 17 april 2008, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231, NJ 2008/382, m.nt. M.R. Mok (*Quelle AG*).

61. Zie hierna, par. 5.3.

62. Zie artikel 14 lid 3 Richtlijn digitale inhoud en overweging (64) preambule Richtlijn digitale inhoud.

63. Zie artikel 14 lid 2 Richtlijn digitale inhoud.

64. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 15 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9121 (*Non-conforme parketvloer*).

65. Zie artikel 13 lid 4 Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 14 lid 4 Richtlijn digitale inhoud.

66. In overweging (52) preambule Richtlijn consumentenkoop wordt in dit verband opgemerkt dat voor het antwoord op de vraag of in dit geval ontbinding mogelijk is, beslissend is of, gelet op de omstandigheden van het geval, van de consument kan worden gevergd dat hij de verkoper nog een nieuwe kans biedt om de non-conformiteit weg te nemen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij dure of complexe zaken, maar juist weer minder snel indien de eerdere poging tot herstel of vervanging het vertrouwen bij de consument in correcte nakoming door verkoper heeft ondermijnd, bijvoorbeeld omdat hetzelfde gebrek zich opnieuw manifesteert.

67. Zie overweging (18) preambule Richtlijn consumentenkoop 2019 en overweging (12) preambule Richtlijn digitale inhoud.

Voor ontbinding bij non-conformiteit geldt, anders dan naar geldend recht uit artikel 6:267 BW voortvloeit, geen vormvereiste: de richtlijnen bepalen slechts dat de consument zijn ontbindingsbevoegdheid uitoefent door middel van een verklaring aan de verkoper of leverancier waaruit zijn beslissing om de overeenkomst te ontbinden blijkt.⁶⁸ Na ontbinding moet de consument bij een consumentenkoopovereenkomst de zaken (op kosten van de verkoper) aan de verkoper terugleveren, en moet de verkoper de prijs terugbetalen nadat hij de zaken heeft terugontvangen of de consument het bewijs heeft geleverd dat de zaken zijn teruggezonden.⁶⁹ Deze regeling brengt mee dat de consument eerst zijn ongedaanmakingsverbintenis moet nakomen voordat de ongedaanmakingsverbintenis van de verkoper opeisbaar wordt. De Europese wetgever heeft hiermee eenzelfde regeling geschapen als voor de afwikkeling van een overeenkomst die tijdens de bedenktijd is ontbonden.⁷⁰ In die situatie is de opschortingsbevoegdheid van de verkoper terecht, aangezien van enige tekortkoming aan zijn kant geen sprake is en de verkoper er een gerechtvaardigd belang bij heeft dat hij niet tot terugbetaling overgaat zonder dat de consument zekerheid heeft verschaft over de nakoming van zijn ongedaanmakingsverbintenis. Bij de ontbinding van de overeenkomst wegens non-conformiteit is de situatie in dit opzicht anders: de ontbinding is hier het gevolg van het feit dat de verkoper zaken heeft geleverd die niet aan de overeenkomst beantwoorden, en de verkoper heeft in de meeste gevallen bovendien een mogelijkheid tot herstel of vervanging van de zaak onbenut gelaten. In die situatie is het mijns inziens niet te verdedigen dat de verkoper opnieuw tegemoet wordt gekomen door hem het recht op opschorting van de ongedaanmakingsverbintenis toe te kennen. Het ligt mijns inziens meer voor de hand om juist aan de consument een dergelijk recht toe te kennen, aangezien die al eerder door de verkoper teleurgesteld is en nu wederom erop moet vertrouwen dat de verkoper zijn verbintenis nakomt zonder enige vorm van zekerheid. Omdat de Richtlijn consumentenkoop 2019 niet in de weg staat aan de toepassing van het algemene contractenrecht⁷¹ is mijns inziens wel goed verdedigbaar dat aan de consument een beroep toekomt op de onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 BW indien uit de reactie van de verkoper op de klacht van de consument blijkt dat de verkoper zich niet zal neerleggen bij de ontbinding. In een dergelijk geval zijn er immers goede gronden om te vrezen dat de verkoper zijn verplichtingen jegens de consument niet zal nakomen, zodat de consument zijn verplichting tot teruglevering van de gebrekkige zaken moet kunnen

opschorten totdat de verkoper zekerheid stelt voor de terugbetaling van de koopprijs.

De gevolgen van de ontbinding van de consumentenkoopovereenkomst zijn voor het overige overgelaten aan het nationale recht.⁷² Dat betekent in de eerste plaats dat de lidstaten bevoegd zijn en blijven om termijnen te bepalen voor de teruglevering van de zaken en de terugbetaling van de prijs.⁷³ Ook blijft onzeker of de consument bij ontbinding een gebruiksvergoeding moet betalen aan de verkoper wegens waardevermindering van de zaak door het gebruik; de richtlijn verbiedt het de lidstaten in ieder geval niet om een dergelijke vergoeding aan de consument op te leggen.⁷⁴ Een dergelijke vergoeding, gebaseerd op artikel 6:272 en 278 BW, is mijns inziens verdedigbaar in die gevallen waarin de ontbinding pas geruime tijd na aflevering heeft plaatsgevonden en de koper de zaak zonder serieuze problemen heeft kunnen gebruiken tot aan het moment waarop het gebrek dat ontbinding rechtvaardigt, zich manifesteerde.⁷⁵ Dat is echter anders indien de consument slechts korte tijd gebruik heeft kunnen maken van de gekochte zaak doordat het gebrek zich al binnen korte termijn na aflevering heeft gemanifesteerd. Ook kan de verkoper niet aan de consument tegenwerpen dat deze de zaak na het melden van het gebrek is blijven gebruiken zolang hij weigert de zaak te repareren of te vervangen, niet slaagt in de reparatie of vervanging, en de verkoper zich evenmin heeft neergelegd bij de terecht door de consument ingeroepen buitengerechtelijke ontbinding van de koopovereenkomst: een uit dergelijk voortdurend gebruik voortvloeiende waardedaling heeft de verkoper immers aan zichzelf te wijten, zodat deze – overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:10 lid 4 BW – voor rekening van de verkoper dient te blijven.⁷⁶

Voor ontbinding onder de Richtlijn digitale inhoud is een aantal nadere regels opgenomen. Wanneer de digitale inhoud of dienst niet geleverd is tegen betaling van een prijs in geld, maar de consument persoonsgegevens heeft verstrekt, is ontbinding ook mogelijk indien het gebrek gering is, omdat in dat geval prijsvermindering als alternatieve remedie niet beschikbaar is.⁷⁷ Bij een overeenkomst tot levering van digitale inhoud en digitale diensten waarbij de consument een prijs in geld heeft betaald, dient de leverancier de prijs binnen 14 dagen na ontvangst van de ontbindingsverklaring terug te betalen, waarbij de terugbetaling in beginsel op dezelfde wijze dient plaats te

68. Artikel 16 lid 1 Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 15 Richtlijn digitale inhoud.

69. Artikel 16 lid 3 Richtlijn consumentenkoop 2019.

70. Zie artikel 13 lid 3 Richtlijn consumentenrechten en het overeenkomstige artikel 6:230r lid 4 BW.

71. Zie artikel 3 lid 6 Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 3 lid 10 Richtlijn digitale inhoud.

72. Zie artikel 3 lid 6 en overweging (60) preambule Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 3 lid 10 Richtlijn digitale inhoud.

73. Zie overweging (60) preambule Richtlijn consumentenkoop 2019.

74. Idem.

75. In deze zin ook Hof Arnhem 23 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AV1205, *NJF* 2006/66 (*Poww Deventer B.V./Mans*); V. Mak, 'Kosteloze vervanging bij non-conformiteit: is de consument een vergoeding verschuldigd voor het genoten gebruik van een gebrekkige zaak?', *NtER* 2009, afl. 1, p. 37; en in Duitsland BGH 16 september 2009, zaaknr. VIII ZR 243/08, *BGHZ* 182, 241, *NJW* 2010/148.

76. In deze zin ook Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Leeuwarden) 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3985 (*Lekkende camper*); in deze zin reeds M.C. van Gestel, 'Garantiebewijzen: een regeling waard?', in: M. van Delft-Baas & E.H. Hondius (red.), *Jaarboek konsumentenrecht 1990*, Deventer: Kluwer 1992, p. 82-83.

77. Zie (*a contrario*) artikel 14 lid 6 en (expliciet) overweging (67) in de preambule van de Richtlijn digitale inhoud.

vinden als de wijze waarop de consument had betaald.⁷⁸ Voor de terugbetaling mogen de consument bovendien geen kosten in rekening worden gebracht.⁷⁹ Een overeenkomstige verbintenis voor de consument om de digitale inhoud terug te leveren, geldt alleen indien aan de consument op een duurzame drager was geleverd en de leverancier binnen 14 dagen na de ontvangst van de ontbindingsverklaring om teruglevering heeft verzocht.⁸⁰ Het is de consument echter niet toegestaan om nog langer gebruik te maken van de digitale inhoud of dienst of deze ter beschikking te stellen aan derden,⁸¹ terwijl de leverancier ook maatregelen mag nemen om verder gebruik te voorkomen, bijvoorbeeld door de toegang tot de digitale inhoud of dienst te blokkeren of een gebruikersaccount te verwijderen.⁸²

De richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat de leverancier ook in geval van ontbinding zich dient te houden aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Algemene verordening gegevensbescherming, zodat hij niet zonder de toestemming van de consument gebruik mag maken van de verzamelde persoonsgegevens.⁸³ Andere van de consument afkomstige gegevens mogen evenmin worden gebruikt, tenzij:

- a. deze buiten de context van de geleverde digitale inhoud of digitale dienst geen nut hebben;
- b. zij alleen betrekking hebben op de activiteiten van de consument tijdens het gebruik van de digitale inhoud of dienst (denk aan de mogelijkheid tot analyse van het gebruik van de digitale inhoud of dienst);
- c. de gegevens zijn geaggregeerd met andere door de leverancier verzamelde gegevens en daaruit niet kunnen worden verwijderd zonder dat dit tot disproportionele kosten voor de leverancier leidt ('big data'); of
- d. het gaat om gegevens die door de consument tezamen met andere consumenten zijn gecreëerd, en andere consumenten de gegevens kunnen blijven gebruiken (bijvoorbeeld in het geval van een bijdrage aan opensourcesoftware).⁸⁴

Met uitzondering van de eerste drie situaties heeft de consument er recht op dat de door hem geleverde of gecreëerde gegevens binnen een redelijke termijn, kosteloos en in gewoonlijk gebruikt en machine-leesbaar format aan hem ter beschikking worden gesteld.⁸⁵

Voor de periode waarin de digitale inhoud of de digitale dienst niet aan de overeenkomst heeft beantwoord, behoeft de consument niet te betalen.⁸⁶ In het geval van een

duurovereenkomst heeft de leverancier wel recht op een vergoeding voor de digitale inhoud of de digitale dienst die is geleverd in de periode voorafgaand aan het moment waarop de non-conformiteit zich manifesteerde.⁸⁷ In het geval van prijsvermindering geldt eenzelfde beperking tot de periode waarin de non-conformiteit speelde.⁸⁸

5.4. Opschorting

De richtlijnen kennen de consument geen algemene opschortingsbevoegdheid toe. In beginsel staat het de lidstaten vrij om te bepalen of en onder welke voorwaarden een partij het recht op opschorting toekomt.⁸⁹ Daar zijn echter wel enkele uitzonderingen op. Hierboven is al aan de orde gekomen dat in geval van ontbinding wegens non-conformiteit van de geleverde zaak, het in de regel de *verkoper* is die het recht heeft om terugbetaling van de prijs op te schorten totdat hij de zaken heeft terugontvangen van de consument of van deze het bewijs heeft ontvangen dat de zaken verzonden zijn.⁹⁰ Een overeenkomstige bepaling ontbreekt in de Richtlijn digitale inhoud, ook voor het geval waarin de leverancier wél vraagt om teruglevering van de drager waar de digitale inhoud of dienst op was geplaatst.

Gedurende de tijd die de verkoper nodig heeft om de gebrekkige zaak te repareren of te vervangen, mag de consument eventuele resterende betalingen van de prijs wel opschorten. De voorwaarden en de uitoefening van de opschortingsbevoegdheid worden bepaald door het nationale recht.⁹¹ Dat betekent naar Nederlands recht dat opschorting evenredig moet zijn aan het gebrek, aangezien de tekortkoming de opschorting moet kunnen rechtvaardigen.⁹² Een overeenkomstige bevoegdheid van de consument of betaling van de prijs of een deel daarvan op te schorten totdat de digitale inhoud of de digitale dienst aan de overeenkomst beantwoordt, is uitdrukkelijk aan de lidstaten overgelaten.⁹³

6. Wijziging van de digitale inhoud of de digitale dienst en opzegging van de duurovereenkomst

De Richtlijn digitale inhoud zal, anders dan aanvankelijk de bedoeling was, geen regeling bevatten voor de mogelijkheid tot opzegging van duurovereenkomsten, zoals een abonnement op Netflix of Videoland. Opzegging is daarmee dus overgelaten aan het nationale recht. Naar Nederlands recht betekent dit dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd te allen tijde kan worden opgezegd, maar dat een overeenkomst voor bepaalde tijd gedurende de

78. Zie artikel 18 lid 1 en 2 Richtlijn digitale inhoud. De regeling stemt overeen met de terugbetaling van de koopprijs bij de ontbinding van de overeenkomst tijdens de bedenktijd, zie artikel 13 lid 1 Richtlijn consumentenrechten.

79. Zie artikel 18 lid 3 Richtlijn digitale inhoud.

80. Artikel 17 lid 2 Richtlijn digitale inhoud.

81. Artikel 17 lid 1 Richtlijn digitale inhoud.

82. Zie artikel 16 lid 5 Richtlijn digitale inhoud.

83. Artikel 16 lid 2 Richtlijn digitale inhoud.

84. Zie artikel 16 lid 3 Richtlijn digitale inhoud.

85. Artikel 16 lid 4 Richtlijn digitale inhoud.

86. Zie artikel 17 lid 3 Richtlijn digitale inhoud.

87. Artikel 16 lid 1 Richtlijn digitale inhoud.

88. Zie artikel 14 lid 5 tweede zin Richtlijn digitale inhoud.

89. Zie overweging (18) preambule Richtlijn consumentenkoop 2019 en overweging (14) preambule Richtlijn digitale inhoud.

90. Artikel 16 lid 3 Richtlijn consumentenkoop 2019.

91. Zie artikel 13 lid 6 Richtlijn consumentenkoop 2019.

92. Zie expliciet in deze zin artikel 6:262 lid 2 en artikel 6:263 lid 2 BW.

93. Zie overweging (14) preambule Richtlijn digitale inhoud.

overeengekomen termijn in beginsel niet opzegbaar is. Dat is overigens anders indien de overeenkomst (ook) kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht, aangezien een dergelijke overeenkomst te allen tijde kan worden opgezegd zonder dat de consument schadeloos wordt.⁹⁴ De Telecommunicatiewet bevat een overeenkomstige regeling voor overeenkomsten tot levering van een elektronische communicatiedienst of programmadienst aan een consument: een overeenkomst voor onbepaalde duur kan te allen tijde kosteloos worden opgezegd, een overeenkomst voor bepaalde tijd mag niet langer duren dan 24 maanden en kan bij stilzwijgende vernieuwing of verlenging vanaf dat moment te allen tijde kosteloos worden opgezegd.⁹⁵ Daarnaast geldt dat een beding op grond waarvan een overeenkomst tot geregelde levering van digitale inhoud of digitale diensten een looptijd heeft van meer dan een jaar, vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn, tenzij de consument te allen tijde mag opzeggen met een opzegtermijn van niet meer dan een maand.⁹⁶ Dat brengt mee dat het Nederlandse recht reeds voorziet in een afdoende regeling voor opzegging.

Artikel 15 Richtlijn digitale inhoud bevat wel een uitgebreide regeling voor de wijziging van de digitale inhoud of de digitale dienst. De leverancier van de digitale inhoud of de digitale dienst is uiteraard bevoegd de digitale inhoud of dienst te wijzigen teneinde deze aan de overeenkomst te doen (blijven) beantwoorden: in feite is de verplichting om updates te leveren een expliciete grondslag voor dit type wijzigingen. Verdergaande wijzigingen zijn slechts toegestaan indien de leverancier aan vijf voorwaarden voldoet. In de eerste plaats moet hij een dergelijke wijzigingsbevoegdheid contractueel hebben bedongen. De wijziging zelf moet in overeenstemming zijn met een in de overeenkomst genoemde geldige reden voor wijziging. Aan de consument mogen geen extra kosten in rekening worden gebracht. De consument moet op een duidelijke en begrijpelijke manier worden geïnformeerd over de wijziging. En ten slotte moet de consument tijdig en vooraf geïnformeerd worden over de mogelijkheid tot opzegging van de overeenkomst of tot ongewijzigd verder gebruik van de digitale inhoud of de digitale dienst zonder dat hem aanvullende kosten in rekening worden gebracht. Indien de wijziging een (niet onbelangrijke) negatieve impact heeft op de toegang tot of het gebruik van de digitale inhoud of de digitale dienst, heeft de consument het recht om de overeenkomst kosteloos binnen 30 dagen na de ontvangst van de melding of de uitvoering van de wijziging te beëindigen, waarbij het laatste van de twee momenten geldt. De consument kan de overeenkomst niet op deze grond beëindigen indien de leverancier hem

in staat stelt om zonder aanvullende kosten gebruik te maken van de digitale inhoud of dienst in ongewijzigde vorm en de digitale inhoud of dienst daarmee aan de overeenkomst blijft voldoen. Voor zover de consument tot beëindiging overgaat, zijn de regels voor de ontbinding bij non-conformiteit van toepassing.⁹⁷ Dat betekent in het bijzonder dat de overeenkomst wordt beëindigd door middel van een aan de leverancier gerichte, vormvrije, verklaring, dat de consument geen verder gebruik van de digitale inhoud of dienst mag maken (en dat de leverancier dat verdere gebruik mag verhinderen), dat de leverancier in beginsel de verstrekte of gecreëerde gegevens niet langer mag gebruiken, en dat de consument in de gelegenheid moet worden gesteld om de door hem verstrekte of gecreëerde gegevens weg te nemen en deze eventueel bij een andere leverancier onder te brengen.

7. Tot slot

De beide richtlijnen bevatten uiteraard dwingend recht waarvan slechts ten nadele van de consument mag worden afgeweken nadat een gebrek aan de verkoper of leverancier is gemeld, of, in het geval van digitale inhoud of digitale diensten, een wijziging van deze digitale inhoud of de digitale dienst aan de consument is gemeld.⁹⁸ De lidstaten zijn voorts verplicht passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat consumenten worden geïnformeerd over hun rechten op grond van de Richtlijn consumentenkoop 2019 en de wijzen waarop ze deze rechten kunnen handhaven;⁹⁹ een overeenkomstige bepaling in de Richtlijn digitale inhoud ontbreekt echter.

Met betrekking tot de handhaving van de richtlijn bepalen beide richtlijnen slechts dat de lidstaten dienen te zorgen voor adequate en effectieve middelen om de naleving van de richtlijn te verzekeren, waartoe in ieder geval de mogelijkheid moet bestaan voor collectieve actie bij de rechter of de toezichthouder. Dat recht moet toekomen aan hetzij een toezichthouder, hetzij consumentenorganisaties, hetzij beroepsorganisaties, of een combinatie daarvan.¹⁰⁰ Voor de Richtlijn digitale inhoud worden daar nog aan toegevoegd organisaties op het gebied van de gegevensbescherming. Opmerkelijk is dat publiekrechtelijke handhaving – in de vorm van het stellen van een minimum aan de maximaal op te leggen administratiefrechtelijke boete – niet wordt gestimuleerd, waar dat voor andere richtlijnen nadrukkelijk wel gebeurt in de Moderniseringsrichtlijn (ook wel Omnibusrichtlijn genoemd), een andere Europese richtlijn die thans in de eindfase van de Europese beraadslaging is en waarmee wel andere richtlijnen worden gewijzigd overeenkomstig de bepalingen en terminologie van de Richtlijn digitale inhoud.¹⁰¹

94. Zie artikel 7:408 BW. Deze bepaling is van dwingend recht indien de opdrachtgever een consument is.

95. Zie artikel 7.2a Telecommunicatiewet; vgl. ook artikel 6:236 onderdeel j BW.

96. Artikel 6:237 onderdeel k BW.

97. Zie artikel 19 lid 4 Richtlijn digitale inhoud.

98. Artikel 21 lid 1 Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 22 lid 1 Richtlijn digitale inhoud.

99. Artikel 20 Richtlijn consumentenkoop 2019.

100. Zie artikel 19 Richtlijn consumentenkoop 2019 en artikel 21 Richtlijn digitale inhoud.

101. Voorstel van 11 april 2018 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de EU, COM(2018)185 final. De definitieve tekst van deze richtlijn is op 29 maart 2019 vastgesteld, zie www.consilium.europa.eu/register/nl/content/int?typ=ADV, zoek op Interinstitutional File: 2018/0090(COD).

De lidstaten hebben nu tot 1 juli 2021 de tijd om de richtlijnen om te zetten in het nationale recht. De bepalingen ter omzetting van de Richtlijn consumentenkoop 2019 moeten vervolgens van toepassing zijn op overeenkomsten die vanaf 1 januari 2022 worden gesloten,¹⁰² terwijl de bepalingen ter omzetting van de Richtlijn digitale inhoud van toepassing zijn op *leveringen* van digitale inhoud of een digitale dienst die vanaf dat moment plaatsvinden – ongeacht of de overeenkomsten op dat moment of eerder zijn gesloten.¹⁰³

102.Zie artikel 24 Richtlijn consumentenkoop 2019.

103.Zie artikel 24 Richtlijn digitale inhoud. Een uitzondering geldt voor artikel 19 (wijziging van de digitale inhoud of dienst) en artikel 20 (verhaalsrecht van de leverancier op voorschakels), welke bepalingen alleen van toepassing zullen zijn op nadien gesloten overeenkomsten.