



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud onder het gemeenschappelijk Europees kooprecht

Loos, M.B.M.

Publication date

2014

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2014). Consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud onder het gemeenschappelijk Europees kooprecht. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2014(1), 2-13.

http://www.uitgeverijparis.nl/scripts/read_article_pdf.php?id=8973

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.

Consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud onder het gemeenschappelijk Europees kooprecht¹

1. Inleiding

Op 11 oktober 2011 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend voor een Verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, kortweg: het GEKR.² Het GEKR is bedoeld om de partijen bij een koopovereenkomst de mogelijkheid te bieden om te kiezen voor toepasselijkheid van een uniforme Europese regeling voor koopovereenkomsten in plaats van het nationale kooprecht.³ In het GEKR is het *acquis communautaire* overgenomen, in het bijzonder de Richtlijn consumentenrechten,⁴ de Richtlijn oneerlijke bedingen⁵ en de Richtlijn consumentenkoop,⁶ en wordt soms aanvullende bescherming aan consumenten geboden.⁷

Het toepassingsgebied van het GEKR is niet beperkt tot koopovereenkomsten in traditionele zin: overweging 17 in de preambule bij het voorstel geeft aan dat om 'het toenemende belang van de digitale economie weer te geven, (...) de werkingssfeer van het gemeenschappelijk

Europees kooprecht zich ook (moet) uitstrekken tot overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud. De overdracht van digitale inhoud om deze op te slaan, te verwerken of er toegang toe te hebben en herhaald te gebruiken, zoals het downloaden van muziek, heeft een grote vlucht genomen en heeft een groot potentieel voor verdere groei in zich, maar wordt nog steeds omgeven door een aanzienlijk mate van juridische diversiteit en onzekerheid. Derhalve moet het gemeenschappelijk Europees kooprecht van toepassing zijn op de levering van digitale inhoud, ongeacht of die inhoud al dan niet op een materiële gegevensdrager wordt geleverd.' Micklitz en Reich merken terecht op dat de Europese Commissie overeenkomsten tot levering van digitale inhoud daarmee benadert als een soort quasi-koopovereenkomsten.⁸ De opname van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud binnen het toepassingsgebied van het GEKR biedt de rechtspraak een wettelijk kader voor de vormgeving van dergelijke overeenkomsten, die in de praktijk steeds belangrijker zullen worden. Ook in Nederland wordt

* Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees Consumentenrecht, verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) van de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift

1. Dit artikel bouwt voort op drie eerdere publicaties waar ik (co-)auteur van ben. De eerste publicatie is: M.B.M. Loos, N. Helberger, L. Guibault & C. Mak, 'The regulation of digital content contracts in the Optional Instrument of contract law', *European Review of Private Law* 2011/6, p. 729-758 (hierna: Loos e.a. 2011a). De tweede publicatie is M.B.M. Loos, N. Helberger, L. Guibault, C. Mak, L. Pessers, K.J. Cseres, B. van der Sloot & R. Tigner, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, FINAL REPORT: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts, 2011*, een rapport dat geschreven is in opdracht van de Europese Commissie; het rapport is online beschikbaar via http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/legal_report_final_30_august_2011.pdf (laatstelijk bezocht op 28 oktober 2013). Naar dit rapport wordt hierna verwezen als: Loos e.a. 2011b. Paragraaf 3.2 ten slotte is gebaseerd op M.B.M. Loos, 'Incorporation and making available of standard contract terms under the proposal for a Common European Sales Law (Articles 70-71 CESL)', in: A. Colombi Ciacchi (red.), *Content and Effects of Contracts: the CESL in the European Multi-Level System of Governance* (nog te verschijnen).
2. Voorstel voor een verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht (COM(2011)635 definitief). Naar de ontwerpverordening verwijs ik als: ontwerp-Verordening; naar de bepalingen van het als bijlage van de ontwerp-Verordening opgenomen Ontwerp Gemeenschappelijk Europees Kooprecht verwijs ik als: GEKR. Zie in meer algemene zin over het GEKR het themanummer van het *MvV* 2012, afl. 7/8, met bijdragen van R. Meijer, J.A. van der Weide, P.C.J. De Tavernier & L. van der Zwet; E.H. Hondius; T. Heremans; A.L.M. Keirse; P.C.J. De Tavernier; C.M.D.S. Pavillon; A.G. Castermans; A. De Boeck; J.H.M. Spanjaard & T.H.M. van Wechem; en M. van Kogelenberg. Zie voorts C.A.N.M.Y. Cauffmann, 'Het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, zo gek nog niet?', *NTBR* 2012, afl. 5, p. 153-165; J.G. Klijsma, 'Oneerlijke bedingen onder het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht: de positie van KMO's', *TvC* 2013, afl. 3, p. 106-112.
3. Het GEKR is primair bedoeld voor grensoverschrijdende overeenkomsten (zie artikel 4 lid 1 van de ontwerp-Verordening), maar lidstaten mogen partijen de mogelijkheid bieden om het GEKR ook voor binnenlandse overeenkomsten te kiezen als het op hun overeenkomst toepasselijke recht (artikel 13 onderdeel a ontwerp-Verordening). Het toepassingsgebied van het GEKR is bovendien niet beperkt tot consumentenovereenkomsten: partijen mogen ook voor toepasselijkheid van het GEKR kiezen indien zij beide handelen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, mits ten minste een van hen een kleine of middelgrote onderneming (KMO) is, terwijl het lidstaten vrijstaat om de keuze voor het GEKR ook open te stellen voor handelsovereenkomsten waarbij geen van beide partijen als een KMO kan worden aangemerkt; vgl. artikel 7 en 13 onderdeel b ontwerp-Verordening. Zie over het begrip KMO: Klijsma 2013, p. 106.
4. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2011, L 304/64.
5. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.
6. Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* 1999, L 171/12.
7. Zie hierover C.M.D.S. Pavillon, 'De Nederlandse consument heeft niets te vrezen: het Europees kooprecht geeft meer dan het neemt', *MvV* 2012, afl. 7/8, p. 210-216.
8. Vgl. H.-W. Micklitz & N. Reich, 'The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)". Too Broad or Not Broad Enough?', part I, nr. 24, p. 15, EUI Working Papers LAW No. 2012/04, online beschikbaar via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013183 (laatstelijk bezocht op 28 oktober 2013). Micklitz & Reich stellen dat dit 'seems to be a departure from the classical approach of licensing of intellectual property rights' and that it 'can be justified by the "commodification" (Verdinglichung) of digital content through modern technologies, in particular through downloading on the Internet which makes them

voorgesteld om de omschrijving van de consumentenkoop in deze zin aan te passen.⁹

In deze bijdrage zal ik ingaan op de rechtsregels die volgens het GEKR van toepassing zouden zijn op dergelijke overeenkomsten. Ik zal daarbij aangeven of de toepasselijke regels de problemen oplossen waarmee consumenten geconfronteerd worden wanneer zij een overeenkomst tot levering van digitale inhoud hebben gesloten. Aangezien het GEKR in het geheel geen regels bevat betreffende handelingsbekwaamheid en de geldigheid van overeenkomsten met minderjarigen,¹⁰ zal ik in dit artikel niet op dit punt ingaan.¹¹ Gezien het feit dat verwacht wordt dat het toepassingsgebied van het GEKR uiteindelijk beperkt zal worden tot op afstand gesloten overeenkomsten, zal ik mij op dergelijke overeenkomsten richten.¹² Ik zal mij bovendien beperken tot consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud, zij het dat veel van wat hier wordt betoogd vermoedelijk ook geldt voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud waar de koper een professionele partij is.

Ik begin echter met een meer preliminaire vraag: hoe worden de begrippen 'digitale inhoud' en 'overeenkomst tot levering van digitale inhoud' gedefinieerd in het GEKR. Of, anders gezegd: wat is het toepassingsgebied van het GEKR ten aanzien van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud?

2. Het toepassingsgebied van het GEKR met betrekking tot overeenkomsten tot levering van digitale inhoud

Digitale inhoud wordt in artikel 2 onderdeel j van de ontwerp-Verordening omschreven als 'gegevens die, al dan niet volgens de specificaties van de koper, in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden, inclusief video, audio, afbeeldingen of schriftelijke digitale inhoud, digitale spellen, software en digitale inhoud waarmee bestaande hardware of software kan worden gepersonaliseerd', maar met uitzondering van financiële diensten, juridisch of financieel advies dat verstrekt wordt in elektronische

vorm, elektronische diensten betreffende de gezondheidszorg, elektronische communicatiediensten en elektronische netwerken en bijbehorende faciliteiten en diensten, gokken, en het creëren van nieuwe digitale inhoud en het wijzigen van bestaande digitale inhoud door consumenten of andere interacties met de creaties van andere gebruikers.¹³ Met zijn amendement 59 stelt het Europees Parlement voor te verduidelijken dat de digitale inhoud kan worden geleverd via downloaden, streaming, op een duurzame drager of door enig ander middel, en dat de digitale inhoud kan worden verstrekt tegen betaling van een prijs in geld of anderszins tegen betaling, zoals door verstrekking door de consument van persoonlijke gegevens. In de toelichting op dit amendement wordt gesteld dat de 'definition of digital content should be extended to include free-of-charge digital content'.¹⁴

In dit opzicht lijkt het amendement in overeenstemming te zijn met wat is opgenomen in artikel 5 onderdeel b ontwerp-Verordening. Het slot van deze bepaling geeft aan dat partijen kunnen kiezen voor de toepasselijkheid van het GEKR op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud, ongeacht of de consument een prijs dient te betalen voor de levering van de digitale inhoud. Er zijn goede redenen voor een zo ruim toepassingsbereik van de regeling: hoewel betaling van een prijs in geld nog altijd veruit de belangrijkste vorm van betaling is voor 'normale' goederen en diensten, vormt de levering van 'gratis' digitale inhoud gewoon een ander 'business model', waarbij consumenten met hun persoonlijke gegevens in plaats van met geld betalen. Het lijkt ook kunstmatig om in een digitale omgeving onderscheid te maken tussen wel binnen het bereik van de regeling vallende overeenkomsten met micro-betalingen – bijv. overeenkomsten waarbij de consument € 0,99 per gedownload muziekbestand betaalt – en daar niet onder vallende overeenkomsten waarbij anders dan in geld wordt betaald.¹⁵ Bovendien vertegenwoordigen virtuele betaalmiddelen, zoals die welke worden gebruikt in games die online worden gespeeld – in zichzelf al een geldelijke waarde. Voor zover consumenten betalen met hun persoonlijke gegevens geldt dat ook deze informatie een geldelijke waarde vertegenwoordigt, aangezien die gegevens worden verzameld en

a candidate for a standardized transaction similar to the traditional sales concept.' Uit deze opmerkingen leid ik af dat zij de toepassing van het kooprecht op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud waarbij de digitale inhoud op permanente basis en voor herhaald gebruik bestemd is, toejuichen.

9. Zie artikel II onder A van het wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn consumentenrechten, *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 2. Het artikel zal leiden tot wijziging van artikel 7:5 BW. Zie kritisch hierover Chr. Jeloschek & V. van Druenen, 'De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand. Is de wetgever te ver doorgeschoten wat betreft de levering van digitale inhoud?', *IR* 2013, afl. 2, p. 41-44; E. Neppelenbroek, 'Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!', *NJB* 2013, afl. 33, p. 2260-2261; M.B.M. Loos, 'Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht', *NJB* 2013/2255, afl. 38, p. 2684-2685.

10. Vgl. overweging 27 van de preambule bij de Verordening.

11. Vgl. over het ontbreken van dergelijke regels kritisch Pavillon 2012, p. 215.

12. Zie in dit verband amendement 26, zoals op 24 september 2013 aanvaard door het Europees Parlement tijdens de eerste lezing van het voorstel van de Europese Commissie, document A7-0301/2013. Waar hierna naar een door het Europees Parlement voorgesteld amendement wordt verwezen, betreft het een verwijzing naar dit document.

13. Deze omschrijving is duidelijk beperkter dan die welke is gebruikt in de Richtlijn consumentenrechten, omdat de genoemde beperkingen van de definitie daarin niet voorkomen; zie artikel 2 onderdeel 11 Richtlijn consumentenrechten. De verschillen tussen de beide definities kan eenvoudig worden verklaard door het feit dat het GEKR is gericht op koopachtige Transacties, d.w.z. op overeenkomsten waarbij digitale inhoud wordt geleverd aan een consument of een KMO, en diensten grotendeels zijn uitgezonderd van het toepassingsgebied van het GEKR.

14. Zie de toelichting bij amendement 59, te vinden in het door het Europees Parlement aanvaarde document met nr. A7-0301/2013 op p. 169.

15. In artikel II onderdeel A van het wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn consumentenrechten, waarmee het toepassingsgebied van de consumentenkoop onder meer wordt uitgebreid tot overeenkomsten tot levering van diensten wordt nog wel uitgegaan van betaling van een prijs in geld, maar gezien de ruime toepassing van het kooprecht is voorstelbaar dat de Nederlandse rechter het kooprecht ook (eventueel analoog) van toepassing zal achten op overeenkomsten waarbij betaald wordt met persoonlijke gegevens.

gebruikt voor marketingdoeleinden en, voor zover databeschermingsregels dat toestaan, ook kunnen worden doorverkocht (tegen betaling van een prijs in geld) aan andere handelaren. In weer andere *business models* betalen consumenten in de praktijk met hun tijd doordat zij genoodzaakt worden reclameboodschappen te zien of aan te horen voordat ze de digitale inhoud (verder) kunnen gebruiken. Ten slotte biedt de mogelijkheid voor partijen om ook voor overeenkomsten tot levering van 'gratis' digitale inhoud te kiezen voor toepassing van het GEKR, aan verkopers¹⁶ de mogelijkheid om voor al hun overeenkomsten met consumenten toepasselijkheid van het GEKR te bedingen, zodat het ruime toepassingsgebied de aantrekkingskracht van het GEKR vergroot als het meest geëigende juridische regime voor consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud. Dit betekent overigens niet dat het feit dat geen prijs in geld, maar op andere wijze wordt betaald, niet relevant is voor de bepaling van de verplichtingen van partijen: dit feit kan uiteraard de verwachtingen die de consument van de digitale inhoud mag hebben, en daarmee de uitkomst van de conformiteitstest, beïnvloeden. Gewoonlijk bieden 'gratis' versies van digitale inhoud een beperktere functionaliteit dan de versie waarvoor een prijs in geld wordt betaald. Aangezien consumenten zich hier veelal bewust van zijn, zullen hun verwachtingen ten aanzien van de digitale inhoud in het algemeen ook lager zijn dan wanneer de consument betaald heeft met geld.

Artikel 5 onderdeel b ontwerp-Verordening introduceert echter een extra beperking voor het toepassingsgebied van het GEKR: partijen kunnen alleen voor de toepasselijkheid ervan kiezen ten aanzien van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud 'die door de gebruiker kan worden opgeslagen, verwerkt en hergebruikt, en waartoe hij toegang kan hebben'. Dit impliceert dat alleen overeenkomsten waarbij de consument de digitale inhoud vaker kan gebruiken onder het toepassingsgebied van het GEKR kunnen vallen. Daarmee vallen vooral overeenkomsten waarmee de digitale inhoud wordt gestreamd buiten het toepassingsgebied van het GEKR, aangezien de consument bij dergelijke overeenkomsten maar één keer gebruik kan maken van de digitale inhoud. De met amendement 59 van het Europees Parlement voorgestelde wijziging van de definitie van het begrip 'digitale inhoud' om ook streaming onder het toepassingsgebied te brengen, heeft niet geleid tot een overeenkomstige aanpassing van artikel 5 onderdeel b ontwerp-Verordening.¹⁷ Als later in het wetgevingsproces geen aanpassingen plaatsvinden, zal gestreamde digitale inhoud derhalve buiten het toepassingsgebied van de ontwerp-Verordening en dus van het GEKR blijven. Naar mijn mening zou dat ook wenselijk zijn, omdat 'streaming contracts' in veel geringere mate lijken op koopovereenkomsten dan de overeenkomsten tot digitale inhoud die thans onder het

toepassingsgebied van het GEKR vallen, en de kans veel groter lijkt dat toepassing van de koopregels op dergelijke overeenkomsten tot onwenselijke resultaten zal leiden.¹⁸

Op het eerste gezicht lijkt onzeker of het GEKR kan worden toegepast in het geval van cloudcomputing. Bij cloudcomputing wordt de digitale inhoud niet door de consument gedownload, maar ter beschikking van de consument gesteld 'in the cloud' van de verkoper of van een derde. Effectief betekent dat dat de digitale inhoud wordt opgeslagen op de servers van de verkoper of van een derde. Voor zover de digitale inhoud 'in the cloud' van een derde wordt afgeleverd, zal de levering van de digitale inhoud wel, maar de opslag daarvan niet binnen het toepassingsgebied van het GEKR kunnen vallen, omdat zuivere opslagdiensten geen koopachtige relatie betreffen.¹⁹ Wanneer de opslagruimte echter beschikbaar wordt gesteld door de verkoper, kan het ter beschikking stellen van de opslagfaciliteit worden gezien als een 'verbonden dienst' in de zin van artikel 2 onderdeel m ontwerp-Verordening, wat meebrengt dat ook de opslag van de digitale inhoud onder het bereik van het GEKR kan vallen. Dat is in het bijzonder het geval indien de consument de digitale inhoud vervolgens zelf kan downloaden uit de cloud van de verkoper of deze kan opslaan in de cloud van een derde.²⁰

3. Mogelijke problemen bij de toepassing van kooprecht op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud

Met welke specifieke problemen moet rekening worden gehouden wanneer men het – tot op afstand gesloten overeenkomsten beperkte – GEKR wil kunnen toepassen op de levering van digitale inhoud? In deze paragraaf zal ik de onderwerpen bespreken waar in het bijzonder aandacht aan moet worden besteed: informatieverplichtingen (3.1), opname van algemene voorwaarden, in het bijzonder in het geval van click-wrap- en browse-wraplicenties (3.2), oneerlijke bedingen (3.3), non-conformiteit (3.4), en remedies (3.5). Binnen deze subparagrafen zal ik eerst weergeven of en in welke mate deze onderwerpen geregeld zijn in het GEKR, en vervolgens of de toepasselijke regels de problemen oplossen waarmee consumenten geconfronteerd worden wanneer zij een overeenkomst tot levering van digitale inhoud hebben gesloten.

3.1. Informatieverplichtingen

3.1.1. De regeling in het GEKR

De informatieverplichtingen uit de Richtlijn consumentenrechten die gelden voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud zijn nagenoeg letterlijk overgenomen in het GEKR. Artikel 13 lid 1 onderdeel g en h bepaalt, in overeenstemming met het bepaalde in artikel 6 lid 1

16. In dit artikel zal ik naar leveranciers van digitale inhoud verwijzen als 'verkopers', ook als de consument niet in geld betaalt.

17. Ofschoon een dergelijk voorstel wel was gedaan door de Commissie Juridische Zaken van het Europees Parlement. Het tot schrapping van artikel 5 Verordening strekkende, in een document van 3 mei 2013 (interinstitutioneel dossiernummer 2011/0284(COD)) opgenomen, amendement 296 is echter niet door het Europees Parlement overgenomen.

18. Vgl. de kritiek van Jeloschek/Van Druenen 2013 en Neppelenbroek 2013.

19. Zie in deze zin ook de toelichting bij amendement 8 van het Europees Parlement, dat leidt tot een nieuwe overweging 17a.

20. Zie de toelichting bij amendement 8 van het Europees Parlement. Vgl. ook het voorgestelde amendement 10, waarmee aan overweging 19 van de preambule bij de Verordening de woorden 'or temporary storage of digital content in the provider's cloud' worden toegevoegd.

onderdeel q en r Richtlijn consumentenrechten, dat de verkoper gehouden is de consument voor contractsluiting alle informatie met betrekking tot de functionaliteit en interoperabiliteit van de digitale inhoud te verstrekken.²¹ Dit brengt mee dat voor zover de verkoper weet of op de hoogte behoort te zijn van mogelijke beperkingen van de mogelijkheid om vrijelijk gebruik te maken van de digitale inhoud, hij de consument hierover dient te informeren. Hierbij kan worden gedacht aan technische maatregelen die aan het gebruik van de digitale inhoud in de weg staan, zoals het gebruik van landencodes waardoor in de Verenigde Staten gekochte digitale inhoud niet in Europa kan worden gebruikt, maar ook aan het feit dat de digitale inhoud alleen kan worden gebruikt op apparaten geproduceerd door een specifieke producent van hardware. Onder omstandigheden kan deze verplichting ook de verplichting meebrengen om de consument te vragen naar de hardware of software waarmee digitale inhoud compatibel moet zijn teneinde vast te kunnen stellen of de digitale inhoud hiervoor geschikt is. Deze informatie moet voor contractsluiting worden gegeven, omdat de consument op dat moment nog kan besluiten om, gezien de genoemde beperkingen, de digitale inhoud niet aan te schaffen. Schending van deze informatieverplichtingen kan leiden tot toepasselijkheid van de bepalingen over dwaling en, nu de op basis van artikel 13 GEKR verstrekte informatie volgens lid 2 van dat artikel onderdeel uitmaakt van de overeenkomst, ook tot toepasselijkheid van de regels betreffende non-conformiteit.²²

3.1.2. Zijn met de regeling in het GEKR de problemen op dit punt opgelost?

Indien de verkoper de informatieplichten van het GEKR nakomt, zal de consument voor contractsluiting beschikken over de meest relevante informatie betreffende de aan te schaffen digitale inhoud. Eventuele problemen voor consumenten betreffen dan ook niet zozeer de inhoud van de informatieplichten, maar eerder de vraag of verkopers wel in overeenstemming met deze regels handelen, en als ze de vereiste informatie verstrekken, of dat gebeurt op een wijze die nuttig en begrijpelijk voor de consument is. Uit een in 2011 uitgevoerd empirisch onderzoek blijkt dat (na problemen met betrekking tot toegang tot de digitale inhoud) het gebrek aan informatie en de onduidelijkheid of complexiteit van de wel verstre-

te informatie op de tweede en derde plaats komen van meestgenoemde problemen die consumenten van digitale inhoud ervaren.²³ Ofschoon informatieverplichtingen een belangrijk kenmerk van het Europese consumentenrecht zijn, lijkt het erop dat deze verplichtingen niet erg effectief zijn als ze niet vergezeld gaan van maatregelen om ervoor te zorgen dat consumenten ook in staat zijn om de gegeven informatie ook te begrijpen.

In dit opzicht gaat de regeling van de informatieverplichtingen in het GEKR wel in de goede richting. Het GEKR regelt niet alleen op uitvoerige wijze welke informatie moet worden verstrekt, het biedt ook aanwijzingen *hoe* de informatie moet worden verstrekt aan de consument. Ten eerste is de verkoper bij overeenkomsten met consumenten verplicht om aan de consument een zogenaamde standaardmededeling te doen, waarin de kern van de rechten van de consument in eenvoudige taal zijn weergegeven.²⁴ De mededeling moet voor contractsluiting aan de consument worden gedaan.²⁵ Hoewel er twijfel bestaat of de standaardmededeling effectief zal zijn,²⁶ lijkt het de moeite waard om te experimenteren met het idee om de consument in eenvoudige bewoordingen een kort overzicht te geven van zijn belangrijkste rechten, zoals de standaardmededeling beoogt te doen. Ook de standaardinstructies betreffende de mogelijkheid tot herroeping van de overeenkomst en het bijbehorende standaardformulier voor herroeping, opgenomen in de aanhangsels 1 en 2 bij het GEKR, bieden duidelijke informatie voor de consument hoe hij gebruik kan maken van zijn herroepingsrecht, mocht hij van dat recht gebruik willen maken.

3.2. Opname van algemene voorwaarden in de overeenkomst

3.2.1. De regeling in het GEKR

Een van de belangrijkste strijdpunten bij online tot stand gekomen overeenkomsten betreft de vraag hoe algemene voorwaarden in de overeenkomst zijn opgenomen. Het GEKR lijkt op het eerste gezicht hiervoor geen specifieke bepalingen te bevatten. Dit betekent dat de bepalingen betreffende de sluiting en uitleg van overeenkomsten ook van toepassing zijn op de vraag of algemene voorwaarden deel zijn gaan uitmaken van de overeenkomst.²⁷ Wanneer de overeenkomst langs elektronische weg tot stand is

21. Naast deze informatieplichten kan worden gewezen op artikel 25 lid 2 GEKR, dat overeenkomt met artikel 8 lid 2 tweede alinea Richtlijn consumentenrechten. Volgens deze bepaling dient de consument die voor de levering van de digitale inhoud in geld moet betalen, hiermee uitdrukkelijk hebben ingestemd, zodat de betalingsverplichting niet als een verrassing komt – wat juist bij de levering van digitale inhoud, die regelmatig niet voor een prijs in geld wordt geleverd, anders wel het geval zou kunnen zijn.

22. Vgl. artikel 13 lid 2 GEKR, dat overeenstemt met artikel 6 lid 5 Richtlijn consumentenrechten.

23. Europe Economics, *Digital content services for consumers: assessment of problems experienced by consumers (Lot 1), Report 4: Final Report*, London: 2011, p. 74-75; dit rapport is beschikbaar via http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/empirical_report_final_-_2011-06-15.pdf (laatstelijk bezocht op 28 oktober 2013).

24. De standaardmededeling is bedoeld om consumenten te helpen om hun rechten onder het GEKR te begrijpen; vgl. de toelichting bij het voorstel van de Europese Commissie, p. 12.

25. Zie artikel 9 ontwerp-Verordening. Wanneer de standaardmededeling in elektronische vorm wordt gedaan, moet deze een hyperlink bevatten naar een website waar de tekst van het GEKR kosteloos ter beschikking wordt gesteld. Wordt de standaardmededeling op andere wijze gedaan, dan is een verwijzing naar de website verplicht. Aangezien de tekst van de standaardmededeling is opgenomen in bijlage II bij de ontwerp-Verordening en zowel het GEKR als de bijlage in alle officiële talen van de Europese Unie beschikbaar zijn, is op indirecte wijze verzekerd dat de consument de informatie in een taal kan lezen die hij ook beheerst.

26. Zie kritisch M.W. Hesselink, 'How to opt into the Common European Sales Law. Brief comments on the Commission's proposal for a Regulation', *European Review of Private Law* 2012/1, p. 208-211.

27. Zie ook M.B.M. Loos & H.N. Schelhaas, 'Het Weens Koopverdrag en het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht: de positie van de commerciële koper', in: A.A.H. van Hoek, R.J.Q. Klomp, M.B.M. Loos, A.E. Oederkerk, J.A. Pontier & J.W. Rutgers (red.), *Offerhauskring vijftig jaar. Jubileumbundel ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus'* (1962-2012), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012, p. 88.

gekomen vereist artikel 24 lid 3 onderdeel e en lid 4 GEKR dat de verkoper de algemene voorwaarden ter beschikking van de consument stelt 'in alfabetische of andere begrijpelijke tekens en op een duurzame gegevensdrager die het lezen en opnemen van de in de tekst opgenomen informatie alsook de reproductie ervan in tastbare vorm mogelijk maakt'. De verplichting moet uiterlijk op het moment dat de consument een hem bindend aanbod aan de verkoper doet of hij een aanbod van de verkoper aanvaardt, zijn nagekomen.²⁸ De verkoper draagt de bewijslast dat hij de vereiste informatie heeft verstrekt en dat hij dit tijdig heeft gedaan.²⁹ Uit het arrest *Content Services* van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt bovendien dat wanneer de informatie op de website van de verkoper staat en deze enkel toegankelijk is via een aan de consument beschikbaar gestelde link, de informatie niet is verstrekt aan of ontvangen door consument. Dat is alleen anders indien de via de link te bereiken website zelf kan worden aangemerkt als een duurzame drager, en dat is volgens het Hof alleen het geval indien de website de consument in staat stelt om de informatie op te slaan, gewaarborgd is dat de informatie niet door de handelaar kan worden gewijzigd, de website gedurende een bij de overeenkomst passende termijn toegankelijk is en dat de consument de informatie ongewijzigd kan weergeven.³⁰ Dit brengt mee dat in veel gevallen de verkoper alleen dan aan zijn uit artikel 24 GEKR voortvloeiende informatieplicht voldoet indien hij de tekst van de algemene voorwaarden aan de consument heeft gezonden.

Hieruit volgt dat in ieder geval voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud die elektronisch tot stand zijn gekomen de verkoper gehouden is om de algemene voorwaarden voor contractsluiting ter beschikking van de consument te stellen. Artikel 70 GEKR brengt bovendien mee dat de verkoper zich tegenover een consument alleen dan kan beroepen op zijn algemene voorwaarden indien de consument zich bewust is van de algemene voorwaarden of als de verkoper voor of bij contractsluiting redelijke maatregelen heeft getroffen om de aandacht van de consument op de algemene voorwaarden te vestigen. Daartoe volstaat bij een consumentenovereenkomst de enkele verwijzing naar de algemene voorwaarden in het contractdocument volgens artikel 70 lid 2 GEKR niet, zelfs niet als de consument het contractdocument heeft ondertekend.³¹ Hieruit vloeit *de facto* een verplichting voort om de algemene voorwaarden ook daadwerkelijk aan de consument te verstrekken.

3.2.2. Zijn met de regeling in het GEKR de problemen op dit punt opgelost?

De belangrijkste problemen met betrekking tot de opname van algemene voorwaarden in langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten tot levering van digitale inhoud betreffen het gebruik van 'click-wrap'- en 'browse-wrap'licenties. Bij een click-wraplicentie (op grond waarvan de consument het recht krijgt om de digitale inhoud te gebruiken) worden de bij de licentie behorende algemene voorwaarden aan de consument elektronisch voorgelegd, waarna de consument expliciet dient in te stemmen met de toepasselijkheid van de voorwaarden door op een knop te klikken of door een vakje aan te vinken met de tekst 'ik ga akkoord met de algemene voorwaarden'. Afhankelijk van de wijze waarop de click-wraplicentie is vormgegeven, kan de instemming van de consument worden verlangd op het moment van contractsluiting, op het moment waarop de digitale inhoud wordt gedownload, of op het moment van de installatie daarvan op de hardware van de consument, of een combinatie daarvan. In het geval van een browse-wraplicentie zijn de algemene voorwaarden gewoon toegankelijk via een hyperlink op de website van de handelaar. In tegenstelling tot de click-wrapmethode biedt de browse-wrapmethode de consument niet de mogelijkheid om 'in te stemmen' met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden door actief te klikken op een knop of door een vakje aan te vinken. In plaats daarvan wordt de consument verondersteld in te stemmen met de algemene voorwaarden door het enkele gebruik van de website.³²

Het *Content Services*-arrest maakt het onwaarschijnlijk dat bij een browse-wraplicentie de algemene voorwaarden op rechtsgeldige wijze zouden zijn opgenomen in de overeenkomst. Maar zelfs als dat het geval zou zijn, volgt uit artikel 70 GEKR dat bij de browse-wrapmethode de verkoper geen beroep op de bedingen in de algemene voorwaarden kan doen, aangezien bij deze methode sprake is van een enkele verwijzing naar de algemene voorwaarden, hetgeen volgens artikel 70 lid 2 GEKR niet is toegestaan bij consumentenovereenkomsten. Waar de consument bij een click-wraplicentie voor contractsluiting akkoord is gegaan met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden en hij deze heeft kunnen opslaan en uitprinten, wordt aan de eisen van artikel 24 en 70 GEKR voldaan en zullen de algemene voorwaarden dus op rechtsgeldige wijze in de overeenkomst zijn opgenomen. Dient de contractsluiting pas bij het downloaden of installeren akkoord te gaan met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, is dat echter te laat.

28. Zie artikel 26 GEKR.

29. Zie de beginwoorden van artikel 24 lid 3 GEKR.

30. HvJ EU 5 juli 2012, C-49/11, n.n.g., punt 37-38, 40 en 42-45 (*Content Services Ltd*).

31. Vgl. ook M.B.M. Loos, 'De algemene voorwaarden-regeling in het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees kooprecht: een vergelijking met het Nederlandse recht', *NTBR* 2012, afl. 5 (hierna: Loos 2012a), p. 169-170.

32. Paradoxaal genoeg moet de website worden gebruikt om de algemene voorwaarden te kunnen lezen of zelfs maar om van het bestaan ervan op de hoogte te kunnen raken, zie L. Guibault, T. Rieber-Mohn & P.B. Hugenholtz, *Study On The Implementation And Effect In Member States' Laws Of Directive 2001/29/EC On The Harmonisation Of Certain Aspects Of Copyright And Related Rights In The Informatie Society*, Amsterdam: Institute for Information Law februari 2007, Part I, p. 140 e.v., beschikbaar via www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf (laatstelijk bezocht op 28 oktober 2013).

Het GEKR biedt dus voldoende duidelijkheid over de rechtsgeldigheid van de opname van algemene voorwaarden bij click-wrap- en browse-wraplicenties.³³

3.3. Oneerlijke bedingen

3.3.1. De regeling in het GEKR

Oneerlijke bedingen binden de consument niet, zo volgt uit artikel 79 GEKR.³⁴ De in artikel 83 lid 1 GEKR opgenomen open norm voor consumentenovereenkomsten is rechtstreeks uit artikel 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen overgenomen. In aanvulling daarop bevatten artikel 84 en 85 GEKR lijsten van termen die worden geacht of vermoed oneerlijk te zijn in een consumentenovereenkomst: de zwarte lijst van artikel 84 GEKR bestaat uit 11 bedingen, de grijze lijst van artikel 85 GEKR uit 23 bedingen. In dit opzicht biedt het GEKR duidelijk meer bescherming dan de Richtlijn oneerlijke bedingen, waarvan de bijlage slechts een indicatieve en niet-uitputtende lijst van termen bevat die als oneerlijk kunnen worden beschouwd. In grote lijnen stemmen de zwarte en grijze lijsten overeen met de in Nederland geldende zwarte en grijze lijst van artikel 6:236 en 237 BW.³⁵ Het Europees Parlement heeft in zijn eerste lezing geen amendement ingediend om nieuwe bedingen op de zwarte of grijze lijst te plaatsen; met de amendementen 157-172 wordt wel voorgesteld om, kort samengevat, de meeste bepalingen van de grijze lijst over te hevelen naar de zwarte lijst.

3.3.2. Zijn met de regeling in het GEKR de problemen op dit punt opgelost?

Over het algemeen zullen de zwarte en grijze lijst van artikel 84 en 85 GEKR – al dan niet aangepast overeenkomstig de amendementen van het Europees Parlement – voldoende mogelijkheden bieden om te voorkomen dat verkopers tegenover consumenten een beroep kunnen doen op oneerlijke bedingen. Voor minder duidelijke gevallen zal de open norm van artikel 83 GEKR aanvullende bescherming kunnen bieden, zij het dat bij de toetsing van dergelijke bedingen steeds de omstandigheden van het geval in beschouwing moeten worden genomen, zoals dat ook bij de toepassing van artikel 6:233 onderdeel a BW het geval is. Bij overeenkomsten tot levering van digitale inhoud, verdienen in ieder geval drie soorten bedingen extra aandacht. Het betreft dan bedingen waarmee de mogelijkheid tot het maken van privékopieën wordt beperkt of uitgesloten, bedingen waarmee privacyrechten worden beperkt of uitgesloten, en koppelverkoop- of bundelingsbedingen.

3.3.2.1. Bedingen waarmee de mogelijkheid tot het maken van privékopieën wordt beperkt of uitgesloten

Digitale inhoud betreft veelal auteursrechtelijk beschermde werken. Consumenten krijgen hierdoor steeds vaker te maken met bedingen in overeenkomsten waarmee de gebruiksrechten die onder het auteursrecht gewoonlijk worden erkend, worden ingeperkt. Dat geldt in het bijzonder voor het recht van de consument om privékopieën te maken. In theorie zouden consumenten die op juiste wijze zijn geïnformeerd over dergelijke beperkingen, voldoende beschermd moeten zijn tegen onredelijke beperkingen van hun rechten. Zoals hierboven al opgemerkt zijn informatieplichten echter nauwelijks geschikt om consumenten daadwerkelijk bewust te maken van dergelijke beperkingen. Bovendien is het nauwelijks mogelijk om elders op de markt producten aan te schaffen waarvoor minder vergaande beperkingen gelden. Het lijkt dan ook zinvoller om het voorkomen van onredelijke bedingen te bestrijden door via ‘algemene voorwaarden’-regeling grenzen te stellen aan beperkingen van de mogelijkheid om particuliere kopieën te maken.

Naar mijn mening zou de grijze lijst van artikel 85 GEKR moeten worden aangevuld met bedingen die ten nadele van de consument afwijken van de uitzonderingen op het auteursrecht. Een vermoeden van oneerlijkheid zou het voordeel van een breed toepassingsgebied bieden en betrekking hebben op alle beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht. Een dergelijk weerlegbaar vermoeden van oneerlijkheid in plaats van een verbod (door plaatsing op de zwarte lijst) biedt het voordeel dat de opkomst van nieuwe, potentieel aantrekkelijke businessmodellen niet wordt ondermijnd omdat de verkoper tegenbewijs kan leveren dat een dergelijke beperkende clausule in zijn algemene voorwaarden noodzakelijk of wenselijk is.³⁶ Bij de voorbereiding van de behandeling van het oorspronkelijke voorstel voor de Richtlijn consumentenrechten in het Europees Parlement had de Commissie voor de interne markt en consumentenbescherming een amendement in deze zin voorgesteld.³⁷ Uiteindelijk is echter besloten om de herziening van de Richtlijn oneerlijke bedingen geheel buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn consumentenrechten te laten. Als gevolg hiervan is ook dit specifieke amendement niet overgenomen door het gehele Europees Parlement. Helaas heeft het Europees Parlement het amendement niet in zijn lijst met amendementen op het GEKR opgenomen.

33. Gezien het toepassingsgebied van het GEKR kan het uiteraard geen duidelijkheid verschaffen over de rechtsgeldigheid van een eventuele afzonderlijk afgesloten overeenkomst met de producent van de digitale inhoud en de opname van de algemene voorwaarden in een dergelijke overeenkomst.

34. Deze bepaling stemt overeen met artikel 6 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen.

35. Zie Loos 2012a, p. 173.

36. Helberger/Hugenholtz en Guibault wijzen erop dat een algeheel verbod op bedingen die privékopieën verbieden, zou kunnen leiden tot minder keuzevrijheid voor consumenten en om die reden voorkomen zou moeten worden; zie N. Helberger & P.B. Hugenholtz, ‘No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer Law’, *Berkeley Technology Law Journal* 2007/3, p. 1095; L. Guibault, ‘Accommodating the Needs of iConsumers: Making Sure They Get Their Money’s Worth of Digital Entertainment’, *Journal of Consumer Policy* (31) 2008/4, p. 409.

37. Zie Loos e.a. 2011b, p. 199-200. Een dergelijke bepaling sluit aan bij het feit dat in een aantal lidstaten van de Europese Unie de auteursrechtelijke regels van dwingend recht zijn, zie artikel 23bis van de Belgische Auteurswet 1994, artikel 75 lid 5 van de Portugese Auteurswet en artikel 2 lid 10 van de Ierse Auteurswet.

3.3.2.2. Beperking van rechten met betrekking tot bescherming van persoonsgegevens

In veel rechtstelsels wordt een beding dat leidt tot een beperking of schending van privacyrechten als oneerlijk beschouwd; de juridische onderbouwing van deze opvatting is echter veelal afwezig of vaag.³⁸ Gelet op het belang van privacybescherming in de digitale omgeving, waar consumenten zich vaak niet bewust zijn van het gebruik dat van hun persoonlijke gegevens wordt gemaakt, lijkt het wenselijk om hier meer zekerheid te scheppen.

Een eerste mogelijkheid hiertoe biedt de herziening van de regels voor bescherming van persoonsgegevens: artikel 7 lid 1 van het voorstel voor een Algemene verordening gegevensbescherming³⁹ brengt mee dat de partij die voor de verwerking van de persoonsgegevens verantwoordelijk is, de toestemming voor de verwerking moet hebben van de persoon op wie de gegevens betrekking hebben. Lid 4 van dit artikel bepaalt dat de toestemming 'geen rechtsgrondslag' voor de verwerking biedt 'wanneer er een aanzienlijke onevenwichtigheid bestaat tussen de positie van de betrokkene en die van de voor de verwerking verantwoordelijke.' Dat lijkt te betekenen dat de toestemming nietig is indien sprake is van een oneerlijk beding. De bepaling geeft echter geen nadere indicatie *wanneer* een dergelijke aanzienlijke onevenwichtigheid bestaat. Artikel 7 lid 4 van het ontwerp voor een Algemene verordening gegevensbescherming lijkt daarmee geen aanvullende bescherming te bieden boven de open norm van artikel 83 GEKR.

Naar mijn mening verdient het dan ook de voorkeur om contractuele beperkingen van de rechten met betrekking tot bescherming van persoonsgegevens onder de regels voor oneerlijke bedingen af te doen. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van bedingen die instemming met een wijziging van het doel van de verzameling persoonsgegevens behelzen: dergelijke bedingen zouden mijns inziens onder artikel 84 GEKR moeten vallen en dus zwart worden.

3.3.2.3. Koppelverkoop

Koppelverkoop, waarbij de aanschaf⁴⁰ van digitale inhoud afhankelijk wordt gemaakt van de sluiting van een andere overeenkomst met de verkoper of een door deze aangegeven derde, of waarbij de consument gedwongen wordt gebruik te maken van specifieke hardware om de digitale inhoud te kunnen gebruiken, beperkt de vrijheid van consumenten om te kiezen tussen verschillende soorten digitale inhoud en verschillende leveranciers. Koppelverkoop kan daardoor op gespannen voet staan met de belangen van consumenten, zelfs als de koppelverkoop deel

uitmaakt van een legitieme handelspraktijk van de verkoper. Ook het belang van de consument om te kunnen kiezen tussen verschillende soorten digitale inhoud, hardware en leveranciers, verdient bescherming, aangezien dit belang een wezenlijk element vormt van een goed functionerende concurrentie en van effectieve consumentenbescherming.

Koppelverkoopbedingen zijn bedingen op grond waarvan de consument die digitale inhoud heeft gekocht, gehouden is een andere overeenkomst te sluiten met de verkoper van de digitale inhoud of met een derde. Dergelijke bedingen komen in de praktijk veel voor en kunnen ook volledig gerechtvaardigd zijn, met name wanneer de consument goed was voorgelicht over het bestaan van het beding voordat hij de digitale inhoud aanschafte. Zo kan een verkoper een videogame op DVD verkopen die alleen online kan worden gespeeld als de consument ook een abonnement sluit met de producent van het spel. Wanneer de consument echter niet op de hoogte is van een dergelijk beding, kan dit ertoe leiden dat hij meer (financiële) verplichtingen op zich neemt dan hij verwachtte bij het sluiten van de overeenkomst tot levering van de digitale inhoud.

In verband hiermee lijkt het wenselijk om het koppelverkoopbeding aan de grijze lijst van artikel 85 GEKR toe te voegen, net zoals een dergelijk beding naar geldend Nederlands recht in de grijze lijst van artikel 6:237 onderdeel j BW is opgenomen. De verkoper kan dan trachten te bewijzen dat het beding niet oneerlijk is. Het is zeker niet ondenkbaar dat de verkoper in dit bewijs slaagt – zoals in het geval waarin de verkoper van een game voor contractsluiting aangeeft dat de consument om het spel te kunnen spelen een overeenkomst met de producent zal moeten sluiten. Plaatsing op de grijze lijst brengt echter mee dat in twijfelgevallen het beding onderuit gaat – en dat lijkt mij gezien de gevolgen van het beding ook gerechtvaardigd.

3.4. Non-conformiteit

3.4.1. De regeling in het GEKR

Veel lidstaten worstelen met de kwalificatie van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud.⁴¹ Desondanks blijken de rechtstelsels niet wezenlijk te verschillen in hun benadering van de beoordeling of de digitale inhoud in overeenstemming met de overeenkomst is: in de praktijk wordt hiertoe veelal gebruikgemaakt van de conformiteitstoets zoals die voor 'gewone' zaken ontwikkeld

38. Zie Loos e.a. 2011b, p. 162-163.

39. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (Algemene verordening gegevensbescherming), COM(2012)11 final.

40. Een verwante handelspraktijk betreft de situatie waarin de mogelijkheid om gebruik te maken van de digitale inhoud afhankelijk wordt gemaakt van de instemming door de consument met de verwerking of het gebruik van persoonlijke gegevens zonder dat deze verwerking of dit gebruik noodzakelijk is voor het kunnen gebruiken van de digitale inhoud. Op 16 januari 2013 heeft de Commissie Burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken van het Europees Parlement een ontwerp-rapport aanvaard met betrekking tot het voorstel voor een Algemene verordening gegevensbescherming. Met amendement 107 in dit ontwerp-rapport wordt voorgesteld om in een nieuw artikel 7 lid 4b een dergelijke koppelverkoop te verbieden.

41. Zie Loos e.a. 2011b, p. 32-41, 155-156 en 172-174; M. Schmidt-Kessel, L. Young, S. Benninghof, C. Langhanke & G. Russek, 'Should the Consumer Rights Directive apply to digital content?', *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2011/1, p. 10.

is onder invloed van artikel 2 Richtlijn consumentenkoop.⁴² Het is dan ook niet verrassend dat ook onder het GEKR de in artikel 99 en 100 GEKR neergelegde conformiteitstoets, met slechts enkele bijzondere bepalingen, wordt toegepast bij de beoordeling van de vraag of de digitale inhoud aan de overeenkomst beantwoordt.

Volgens artikel 105 lid 1 GEKR is de verkoper aansprakelijk voor gebreken aan de digitale inhoud die bestaan op het moment waarop het risico van tenietgaan of beschadiging van de digitale inhoud op de consument overgaat. Wanneer de digitale inhoud geleverd wordt op een materiële gegevensdrager, zoals een dvd of een usb-stick, gaat het risico over wanneer de consument die drager fysiek in ontvangst heeft genomen.⁴³ Wanneer bijvoorbeeld de dvd bekrast wordt nadat de consument het fysieke bezit van de dvd heeft verkregen en de digitale inhoud als gevolg daarvan niet meer kan worden geopend, levert dit geen non-conformiteit op. Wanneer de digitale inhoud niet op een materiële gegevensdrager is geleverd, gaat het risico over op het moment dat de consument de beschikking heeft verkregen over de digitale inhoud.⁴⁴ Dit betekent dat wanneer de digitale inhoud moet worden gedownload, het risico pas overgaat als de download is voltooid; eventuele verstoringen bij de overdracht van de digitale inhoud zijn daarmee voor rekening van de verkoper. Voor zover de digitale inhoud, zoals bij software vaak het geval is, door de consument met inachtneming van de installatievoorschriften van de verkoper of producent moet worden geïnstalleerd, gaat het risico zelfs pas over wanneer de consument de digitale inhoud heeft geïnstalleerd of een redelijke termijn om de digitale inhoud te installeren, is verstreken.⁴⁵

Hoewel de meeste conformiteitsregels zonder problemen kunnen worden toegepast op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud, zijn deze bepalingen in de eerste plaats ontwikkeld met gewone koopovereenkomsten in gedachten. Dergelijke overeenkomsten worden meestal meteen bij contractsluiting of kort daarna geheel nagekomen. Duurovereenkomsten, waarbij de verkoper voort-

durend of herhaaldelijk goederen moet leveren, zijn op zich niet onvoorstelbaar.⁴⁶ Voor zover de overeenkomst de verkoper zou verplichten tot het voortdurend of herhaaldelijk leveren van digitale inhoud is uiteraard het moment van de afzonderlijke levering beslissend voor de vraag of de digitale inhoud aan de overeenkomst beantwoordt. Wanneer partijen echter zijn overeengekomen dat de verkoper verplicht is regelmatige updates van de originele digitale inhoud te verzorgen, zoals updates voor virusscanners of wegenkaarten voor navigatiesoftware als TomTom, moet de conformiteitstoets worden aangepast: bij dergelijke overeenkomsten moet de digitale inhoud niet alleen op het moment van aflevering, maar gedurende de gehele contractperiode aan de overeenkomst voldoen. Artikel 105 lid 4 GEKR bevat een daartoe strekkende afwijkende regel.⁴⁷ Uit de Nederlandse versie van het voorstel voor de ontwerp-Verordening lijkt te moeten worden afgeleid dat het GEKR niet kan worden toegepast op consumentenovereenkomsten tot doorlopende levering van digitale inhoud en de consument voor de duur van de levering betaalt in termijnen.⁴⁸ Daarmee zouden abonnementen zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van het GEKR.⁴⁹ Het toepassingsgebied van artikel 105 lid 4 GEKR lijkt daarmee nogal beperkt. Bij lezing van de Duitse, Engelse en Franse tekst van het voorstel blijkt het hier echter om een vertaalfout te gaan: uit deze tekstversies volgt nadrukkelijk dat het GEKR *wel* op dergelijke overeenkomsten van toepassing kan worden verklaard.⁵⁰

3.4.2. Zijn met de regeling in het GEKR de problemen op dit punt opgelost?

Vooropgesteld moet worden dat de conformiteitstoets over het algemeen flexibel genoeg lijkt om rekening te houden met de verschillen tussen de verschillende typen digitale inhoud – zoals de toets ook flexibel genoeg is om te kunnen worden toegepast op uiteenlopende goederen als auto's, meubels, speelgoed en levensmiddelen. De consument draagt de bewijslast dat de digitale inhoud niet voldoet aan de legitieme verwachtingen die hij ervan mocht hebben. Normaal gesproken wordt hij daarbij

42. Loos e.a. 2011b, p. 103 e.v.

43. Vgl. artikel 142 lid 1 GEKR.

44. Vgl. artikel 142 lid 2 GEKR.

45. Vgl. artikel 105 lid 3 GEKR.

46. De meest typische voorbeelden daarvan worden gevormd door overeenkomsten tot levering van elektriciteit, gas en water door leidingen; in artikel 2 onderdeel 2 ontwerp-Verordening zijn door leidingen aangevoerde elektriciteit, gas en water echter uitdrukkelijk niet begrepen onder de definitie van het begrip 'goederen', zodat overeenkomsten tot levering daarvan buiten het toepassingsgebied van het GEKR vallen.

47. Reich, in: Micklitz/Reich 2012, part III, nr. 6a, p. 74, merkt terecht op dat het recht op een update afhangt van de tussen koper en verkoper gemaakte afspraken, en derhalve door de verkoper buiten spel kan worden gezet door een dergelijke afspraak achterwege te laten. Wanneer partijen echter zijn overeengekomen dat de verkoper updates zal leveren, is artikel 105 lid 4 GEKR dwingendrechtelijk op de overeenkomst van toepassing.

48. Zie artikel 6 lid 2 tweede zin ontwerp-Verordening: 'Het gemeenschappelijk Europees kooprecht mag *niet* worden toegepast op overeenkomsten tussen een handelaar en een consument waarbij goederen, digitale inhoud of verbonden diensten doorlopend worden geleverd en de consument voor die goederen, digitale inhoud of verbonden diensten voor de duur van de levering betaalt in termijnen' (curs. toegevoegd, MBML).

49. In deze zin Neppelenbroek 2013, p. 2260-2261.

50. De passage luidt in het Duits: 'Möglich ist die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, bei denen Waren, digitale Inhalte oder verbundene Dienstleistungen gleicher Art regelmäßig geliefert, bereitgestellt oder erbracht und vom Verbraucher für die Dauer der Leistungen in Raten bezahlt werden'; in het Engels heet het: 'The Common European Sales Law may be used for contracts between a trader and a consumer where goods, digital content or related services of the same kind are supplied on a continuing basis and the consumer pays for such goods, digital content or related services for the duration of the supply by means of instalments'; en in het Frans wordt bepaald: 'Le droit commun européen de la vente peut être appliqué aux contrats entre un professionnel et un consommateur qui prévoient la fourniture continue de biens, de contenus numériques ou de services connexes de même nature, le consommateur réglant le coût des biens, contenus numériques ou services connexes aussi longtemps qu'ils sont fournis, par des paiements échelonnés' (de cursivering is steeds van mij, MBML).

geholpen door de bepaling dat de geleverde zaak geschikt moet zijn voor het doel waarvoor zij normaal gebruikt wordt en dat zij de eigenschappen moet bezitten die de koper mag verwachten.⁵¹ Deze bepaling wijst op het bestaan van een standaard waartegen het gebruik dat deze consument wil maken van het object van de overeenkomst wordt afgemeten. Een dergelijke standaard ontbreekt veelal bij digitale inhoud: bij digitale inhoud is het niet altijd duidelijk wat het ‘normale’ doel is waarvoor de digitale inhoud geschikt moet zijn en welke eigenschappen de consument van de digitale inhoud mag verwachten.⁵²

Dat een dergelijke standaard ontbreekt, wordt door een aantal omstandigheden veroorzaakt. Digitale inhoud is een relatief nieuw verschijnsel. Als gevolg van een hoog niveau van productdifferentiatie en innovatie zijn er bovendien zeer verschillende soorten digitale inhoud op de markt. Als gevolg daarvan is tegen de tijd dat een standaard zich kan hebben ontwikkeld, deze vaak al weer verouderd. In de praktijk worden de legitieme verwachtingen van de consument daarom voor een groot deel beïnvloed door verklaringen van de kant van de industrie. Verklaringen van die zijde dat een bepaald gebruik van de digitale inhoud niet of slechts in beperkte mate mogelijk is – welke gedreven kunnen worden door beperkingen van technische aard, maar ook door zakelijke belangen –, kunnen daardoor uitgroeien tot een *self-fulfilling prophecy*. De conformiteitsnorm is daarmee onderhevig aan een zekere mate van manipulatie door verkopers en producenten.⁵³

In de praktijk geldt het probleem van de ontbrekende standaard vooral ten aanzien van problemen met betrekking tot de toegankelijkheid, de functionaliteit en de compatibiliteit van de digitale inhoud.⁵⁴ Als de consument geen toegang heeft tot de digitale inhoud of deze niet naar andere hardware kan overbrengen en daar vervolgens gebruik kan maken van de digitale inhoud, rijst de vraag of dit een non-conformiteit in de zin van artikel 99 en 100 GEKR vormt. De onmogelijkheid om toegang tot de digitale inhoud te verkrijgen, kan het gevolg zijn van het gebruik van technische beschermingsmaatregelen of voortvloeien uit de incompatibiliteit van gebruikte *formats* en hardware. De verkoper is op grond van het bepaalde in artikel 13 lid 1 GEKR verplicht de consument over dergelijke beperkingen te informeren voordat de overeenkomst gesloten is. Indien de verkoper de consument correct heeft voorgelicht over de compatibiliteit van de digitale inhoud met bepaalde hardware of op een bepaald type hardware moet worden afgespeeld, en geen sprake is van een verboden vorm van koppelverkoop, zal de consument niet anders mogen verwachten, zodat van

non-conformiteit dan geen sprake zal zijn. Wanneer de verkoper daarentegen heeft nagelaten de consument te informeren over de relevante technische beschermingsmaatregelen is sprake van non-conformiteit, aangezien de consument dergelijke beperkingen dan niet behoeft te verwachten.

Voor wat betreft incompatibiliteiten van *formats* en hardware levert het ontbreken van informatie alleen dan non-conformiteit op als de consument aantoonbaar dat de verkoper op de hoogte is of behoort te zijn van een dergelijk gebrek. De vraag is dan ook wanneer van de verkoper mag worden verwacht dat hij van een dergelijk gebrek op de hoogte is. Van de verkoper mag niet worden verwacht dat hij continu webfora bezoekt om te horen of er discussie bestaat over de compatibiliteit van de door hem verkochte digitale inhoud met specifieke hardware. Dat kan echter anders worden indien de discussie op een webforum opgepikt wordt door massamedia, zoals een consumentenprogramma op televisie.

Van de verkoper kan ook worden verwacht dat hij zich bewust is van postings die door andere consumenten op zijn eigen website zijn geplaatst en waarin zij andere klanten informeren over de eigenschappen van de digitale inhoud en de (in)compatibiliteit van de digitale inhoud met bepaalde hardware. Andere consumenten kunnen dergelijke postings voorafgaande aan de aanschaf van de digitale inhoud lezen en er dus door beïnvloed worden. Wanneer de verkoper de posting onbetrouwbaar acht, kan hij deze verwijderen of daarbij een eigen comment plaatsen waarmee hij de posting bestrijdt. Andere klanten kunnen daardoor aan het achterwege blijven van dergelijke acties het vertrouwen ontnemen dat de posting correct is, en vervolgens hieraan gerechtvaardigde verwachtingen omtrent het gebruik van de digitale inhoud ontnemen.

Artikel 69 lid 3 GEKR⁵⁵ kan nadere argumenten opleveren bij de beantwoording van de vraag of de geleverde digitale inhoud aan de overeenkomst beantwoordt. Op grond van deze bepaling staat de verkoper in voor de juistheid van mededelingen die door of namens de producent of andere professionele schakels in de distributieketen zijn gedaan, tenzij hij de mededeling heeft weersproken, of hij niet op de hoogte kon zijn van de mededeling op het moment van contractsluiting.⁵⁶ Het zal duidelijk zijn dat wanneer de producent van de digitale inhoud op zijn website aangeeft dat de digitale inhoud wel of niet compatibel met bepaalde hardware is, de verkoper van een dergelijke mededeling op de hoogte dient te zijn. Minder duidelijk is of de verkoper ook gehouden kan worden aan dergelijke verklaringen op de website van de producent van de *hardware*. Dat zal niet het geval zijn

51. Zie artikel 100 onderdeel b en g GEKR.

52. Vgl. P. Rott, ‘Download of Copyright-Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law’, *Journal of Consumer Policy* 2008/4, p. 450.

53. Reich, in: Micklitz/Reich 2012, part. III, nr. 20a, p. 81, en nr. 32, p. 90, wijst er in dit verband terecht op dat de informatieverplichtingen *de facto* kunnen functioneren als exoneratieclausules.

54. Andere terreinen waar conformiteitsproblemen kunnen ontstaan, betreffen de kwaliteit van de digitale inhoud en gevallen waarin sprake is van *bugs* en andere veiligheidsproblemen. Bij deze gevallen is het vaststellen van de non-conformiteit eenvoudiger. Zie in dit verband Loos e.a. 2011a, p. 745-748 en Loos e.a. 2011b, p. 117-122.

55. Deze bepaling stemt overeen met artikel 2 lid 2 onderdeel d Richtlijn consumentenkoop.

56. De verkoper kan voorts ook niet worden gehouden aan een mededeling van de voorschakel indien vast komt te staan dat de mededeling niet van invloed kan zijn geweest op het besluit van de consument tot contractsluiting. Deze beperking kan relevant zijn wanneer de consument heeft aangegeven dat hij de digitale inhoud alleen voor een specifiek doel wil aanschaffen en de mededeling van de voorschakel betrekking heeft op gebruik voor andere doeleinden of op andere eigenschappen van de digitale inhoud.

indien de verkoper niet ook de desbetreffende hardware te koop aanbiedt. Dat is mijns inziens anders indien de verkoper ook die hardware te koop aanbiedt: het lijkt moeilijk te verdedigen dat de verkoper wel van dergelijke mededelingen op de hoogte dient te zijn wanneer de koopovereenkomst betrekking heeft op zowel de digitale inhoud als de hardware, maar niet wanneer hij aan deze consument alleen de digitale inhoud heeft verkocht.

Moeilijker te beantwoorden is of het eerdergenoemde artikel 69 lid 3 GEKR zo kan worden opgevat dat de verkoper ook gehouden kan worden aan postings van consumenten op de website van de producent van de digitale inhoud. Dergelijke mededelingen zijn niet afkomstig van de producent, maar worden wel via zijn website openbaar gemaakt. Aangezien de producent postings van zijn website kan verwijderen of daar een eigen comment aan kan toevoegen, kan verdedigd worden dat het achterwege laten van een dergelijke actie eveneens te zien is als een (stilzwijgende) mededeling van de producent dat de posting juist is. Als deze opvatting zou worden aanvaard, zou de verkoper eveneens geacht kunnen worden op de hoogte te zijn van deze (impliciete) mededeling van de producent. Indien artikel 69 lid 3 GEKR op deze extensieve wijze zou worden geïnterpreteerd zou de verkoper al snel gehouden kunnen worden aan mededelingen die op de website van de producent van de digitale inhoud zijn opgenomen.

Het lijkt echter onwaarschijnlijk dat artikel 69 lid 3 GEKR zo ruim zal worden opgevat, aangezien er ook argumenten kunnen worden aangevoerd die in een andere richting wijzen. Men zou bijvoorbeeld kunnen stellen dat *consumer reviews* notoir onbetrouwbaar zijn – en dat consumenten zich daar bewust van zijn – en dat de reden voor het niet verwijderen van onterechte postings door producenten eerder gelegen is in het beleid van producenten om hun klanten in vrijheid, en ongecensureerd, hun mening over hun producten te laten uiten en dat zij om die reden opmerkingen op de website niet verwijderen, zelfs niet indien ze door de producent als onjuist worden beschouwd. Zo opgevat zouden postings door andere consumenten niet kunnen bijdragen aan de legitieme verwachtingen die consumenten mogen hebben van de digitale inhoud. Deze opvatting leidt echter wel tot een versterking van de eerdergenoemde self-fulfilling prophecy dat het vooral de mededelingen van de industrie zelf zijn waarop de legitieme verwachtingen van hun klanten moeten worden gebaseerd.

Ook als de ruime opvatting van artikel 69 lid 3 GEKR wordt verworpen lijkt de conformiteitstoets bruikbaar voor digitale inhoud, ook al ontbreken op dit moment nog objectieve standaarden voor de toets en zullen die ook in de nabije toekomst nog wel blijven ontbreken.

3.5. Remedies

3.5.1. De regeling in het GEKR

Uit artikel 106 en 107 GEKR volgt dat wanneer de digitale inhoud tegen betaling in geld wordt geleverd, de al-

gemene rechten die de consument bij non-conformiteit van zaken heeft, ook beschikbaar zijn in geval van non-conformiteit van digitale inhoud. Bovendien is de rangorde van sancties zoals die voortvloeit uit artikel 3 lid 3 en 5 Richtlijn consumentenkoop, niet overgenomen in het GEKR, zodat de consument de vrije keuze heeft tussen de verschillende remedies en niet gehouden is eerst herstel of vervanging te vragen.

Indien de consument ervoor kiest om de overeenkomst te ontbinden, verplicht artikel 172 GEKR elk van de partijen om wat zij op grond van de overeenkomst hebben ontvangen, aan de ander terug te geven.⁵⁷ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de consument de digitale inhoud dient te retourneren en dat hij recht heeft op terugbetaling van de door hem betaalde prijs. Artikel 173 lid 1 GEKR brengt echter mee dat in het geval van een overeenkomst tot levering van digitale inhoud de verplichting van de consument tot teruggave van de digitale inhoud wordt vervangen door een verplichting voor de consument tot vergoeding van de geldelijke waarde van de digitale inhoud. De gedachte achter deze bepaling is ongetwijfeld dat de consument niet in staat zou moeten zijn om na ontbinding in feite gratis gebruik te kunnen blijven maken van de digitale inhoud door eerst een kopie van de digitale inhoud te maken en vervolgens de oorspronkelijke digitale inhoud terug te zenden. Zoals het artikel nu is geformuleerd, maakt artikel 173 GEKR ontbinding echter in feite onmogelijk, zelfs als gewaarborgd is dat de consument geen verder gebruik zou kunnen maken van de digitale inhoud.

In dit opzicht leiden de amendementen 229-231, zoals in eerste lezing voorgesteld door het Europees Parlement, duidelijk tot een verbetering van de regeling. Anders dan in het voorstel van de Europese Commissie geeft het voorgestelde nieuwe artikel 172a lid 1 GEKR aan dat de digitale inhoud in drie gevallen wel teruggezonden kan worden: (a) wanneer de digitale inhoud werd geleverd op een materiële gegevensdrager en de verkoper deze niet verzegeld heeft geleverd, of de consument de verzegeling niet heeft verbroken; (b) wanneer op andere wijze duidelijk is dat de consument die een materiële gegevensdrager terugstuurt geen bruikbare kopie van de digitale inhoud kan hebben behouden; en (c) wanneer de verkoper, zonder zich relevante moeite of kosten te moeten getroosten, eventueel verder gebruik van de digitale inhoud door de consument kan voorkomen. Voorbeelden van dergelijke maatregelen zijn het gebruik van technische beveiligingsmaatregelen waarmee het gebruik van de digitale inhoud wordt geblokkeerd en het verwijderen van een gebruikersaccount van de consument waar een dergelijk account nodig is voor het gebruik van de digitale inhoud. Het voorgestelde lid 2 voegt hieraan toe dat wanneer de digitale inhoud op een materiële gegevensdrager was geleverd en deze volgens lid 1 teruggeleverd kan worden, aan de verplichting daartoe is voldaan wanneer de gegevensdrager is teruggezonden.

57. Opmerking verdient dat wanneer een consument gebruik heeft gemaakt van zijn herroepingsrecht, de gevolgen van de herroeping in beginsel wordt beheerst door artikel 40-47 GEKR. In deze bijdrage ga ik niet in of en zo ja: in welke mate artikel 172 e.v. GEKR ook toepassing kunnen vinden in geval van herroeping.

Naar mijn mening dienen deze amendementen te worden overgenomen, aangezien zij voorkomen dat de consument zelfs in een geval van non-conformiteit gehouden is tot de betaling van een geldelijke vergoeding aan de verkoper, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het legitieme belang van de verkoper dat de consument niet in staat behoort te zijn om na ontbinding kosteloos gebruik te blijven maken van de digitale inhoud in een geval waarin partijen een tegenprestatie in geld waren overeengekomen.⁵⁸ Dit betekent dat alleen wanneer niet aan de eisen van het nieuwe artikel 172a GEKR kan worden voldaan, overeenkomstig artikel 173 GEKR een verplichting tot betaling van de geldelijke waarde zou ontstaan. Dat lijkt een logischere benadering dan wordt voorgesteld in het ontwerp van de Europese Commissie.⁵⁹

Wanneer de digitale inhoud niet tegen betaling van een prijs in geld wordt geleverd, zou de consument volgens artikel 107 GEKR echter alleen schadevergoeding kunnen vragen, en wel alleen voor schade die betrekking heeft op het verlies van of schade aan zijn eigendom, waaronder hardware, software en data en met uitzondering van eventuele gedeelde winst. Deze bepaling is problematisch. Uiteraard bestaat in deze situatie geen recht op prijsvermindering, maar er is geen reden waarom de consument ook geen gebruik van de andere remedies zou mogen maken. Waarom zou de consument geen recht op reparatie of vervanging van de digitale inhoud mogen vorderen, zelfs niet indien de nakoming van een dergelijke vordering de verkoper niet voor grote problemen zou stellen? Waarom zou de consument bovendien het recht op ontbinding moeten worden ontzegd? Met name wanneer de consument wel een tegenprestatie heeft geleverd in de vorm van het verstrekken van persoonlijke gegevens heeft de consument er een legitiem belang bij dat deze gegevens worden gewist door de verkoper – zodat deze niet langer in staat is om verdere gegevens te verzamelen en de gegevens te verwerken en te gebruiken voor doeleinden waarmee de consument had ingestemd in ruil voor het gebruik van de digitale inhoud, terwijl hij vanwege de non-conformiteit niet in staat is deze goed te gebruiken. De door het Europees Parlement in eerste lezing voorgestelde amendementen verbeteren de rechtspositie van de consument die de digitale inhoud heeft verkregen in ruil voor een andere tegenprestatie dan de betaling van een prijs in geld. Amendement 193 stelt voor om een nieuw eerste lid aan artikel 107 GEKR toe te voegen op grond waarvan een consument in een dergelijk geval gebruik kan maken van alle remedies behalve prijsvermindering. Amendement 9, waarmee overweging 18 in de preambule gewijzigd zou moeten worden, maakt duidelijk dat deze bepaling bedoeld is om te worden toegepast in een geval waarin de tegenprestatie van de consument bijvoorbeeld bestaat uit het verstrekken van persoonlijke gegevens met commerciële waarde voor de verkoper. Aanvaarding van deze amendementen zou meebrengen dat de consument herstel of vervanging van de digitale inhoud, of ontbinding van de overeenkomst kan vorderen. Het hiermee

verband houdende amendement 232 voegt een derde lid toe aan het nieuwe artikel 172a GEKR, op grond waarvan bij ontbinding van een overeenkomst waar de tegenprestatie van de consument uit het verstrekken van persoonlijke gegevens bestond, de verkoper verplicht is af te zien van het verdere gebruik daarvan, bijvoorbeeld door de ontvangen persoonlijke gegevens te verwijderen.

3.5.2. Zijn met de regeling in het GEKR de problemen op dit punt opgelost?

De door het Europees Parlement voorgestelde amendementen leiden zeker tot een verbetering van de regeling van de remedies voor non-conformiteit van digitale inhoud. Bovendien heeft de consument als gevolg van het ontbreken van de rangorde voor de remedies bij non-conformiteit inderdaad de vrije keuze, inclusief – zoals artikel 111 GEKR duidelijk maakt – het recht op herstel en vervanging.⁶⁰

Dat neemt niet weg dat er ruimte is voor verdere verbeteringen. Zoals hierboven aangegeven leidt amendement 232 tot de invoering van het nieuwe artikel 172a lid 3 GEKR, op grond waarvan in het geval van ontbinding van een overeenkomst tot levering van digitale inhoud waarbij de tegenprestatie van de consument bestond uit het verstrekken van persoonlijke gegevens, de verkoper verplicht is zich te onthouden van het verdere gebruik van die gegevens, bijvoorbeeld door de ontvangen persoonlijke gegevens te verwijderen. Het amendement zou dus leiden tot een beperkt ‘recht te worden vergeten’ als een sanctie voor non-conformiteit. Dat is als zodanig een noviteit in het Europees contractenrecht. Er lijkt echter geen reden waarom dit beperkte ‘recht om vergeten te worden’ niet ook zou moeten bestaan in gevallen waar de tegenprestatie van de consument bestond uit zowel de verplichting tot betaling van een prijs in geld en tot het verstrekken van persoonlijke gegevens. Mijns inziens dient te worden overwogen om een soortgelijke bepaling ook voor dergelijke situaties in te voeren.

Verdere verbeteringen zijn ook mogelijk ten aanzien van het recht op schadevergoeding. Volgens artikel 2 onderdeel g ontwerp-Verordening wordt het begrip ‘schadevergoeding’ omschreven als een geldsom waarop een persoon aanspraak kan maken als vergoeding van verliezen, letsel of schade. Dit geeft aan dat het recht op schadevergoeding krachtens artikel 106 lid 1 onderdeel e en artikel 159 e.v. GEKR beperkt is tot een vordering in geld en dat schadevergoeding in natura dus niet mogelijk is. Dat is zeker in de online-omgeving jammer: hoewel financiële compensatie een veelvoorkomende vorm van schadevergoeding is, biedt de digitale omgeving verkopers andere mogelijkheden om schade te vergoeden, zoals het aanbieden van gratis downloads, gratis verlengingen van de duur van de overeenkomst, en kortingen op toekomstige aankopen. Dergelijke remedies zouden in sommige gevallen een betere compensatie kunnen bieden dan een vordering tot schadevergoeding in geld. Dat neemt niet weg dat de

58. Zie ook de toelichting van het Europees Parlement op dit amendement in document A7-0301/2013, p. 109.

59. Zie in vergelijkbare zin Loos e.a. 2011a, p. 755-756.

60. In dit opzicht volgt en verduidelijkt artikel 111 GEKR het niet geheel duidelijke artikel 3 lid 3 Richtlijn consumentenkoop; dat de keuze ook onder de richtlijn aan de consument is, blijkt echter duidelijk uit overweging 10 in de preambule van de richtlijn.

verkoper uiteraard zelf wel aan de consument vergoeding in natura kan aanbieden in een poging om tot een minnelijke schikking van de klacht te komen. Het GEKR heeft dan ook niet in de weg te staan aan de innovatie van nieuwe remedies die meer zijn toegesneden op de behoeften van de digitale omgeving.

4. Conclusie

In het begin van dit artikel heb ik gesteld dat de opnemings van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud binnen het toepassingsgebied van het GEKR valt toe te juichen. Dit betekent niet dat de regels voor koopovereenkomsten zonder aanpassingen kunnen worden toegepast op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Op een aantal terreinen heeft dit inderdaad geleid tot invoering van specifieke regels voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Dit is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot de verplichtingen van de verkoper. Typerend voor een koopovereenkomst is dat de verkoper de eigendom van de te leveren goederen dient over te dragen.⁶¹ Bij overeenkomsten tot levering van digitale inhoud kan eventueel de eigendom van de materiële gegevensdrager waarop de digitale inhoud is opgeslagen worden overgedragen, maar de verkoper is gewoonlijk niet gehouden om de eigendom van de digitale inhoud zelf – of meer in het bijzonder de met de digitale inhoud verbonden intellectuele eigendomsrechten – over te dragen. Dit bijzondere kenmerk van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud wordt goed tot uitdrukking gebracht in artikel 91 GEKR. Ook artikel 142 lid 2 GEKR houdt er rekening mee dat wanneer de digitale inhoud niet wordt geleverd op een materiële gegevensdrager, een specifieke regel nodig is om aan te geven wanneer risico overgaat op de consument. Artikel 105 lid 4 GEKR introduceert bovendien een specifieke conformiteitsregel voor duurovereenkomsten tot levering van digitale inhoud. De amendementen van het Europees Parlement met betrekking tot de remedies bij non-conformiteit zullen leiden tot een verbetering van de regeling in het GEKR, maar het verdient mijns inziens de voorkeur om het beperkte ‘recht om vergeten te worden’ uit te breiden tot een overeenkomst waarbij de consument niet alleen met zijn persoonlijke gegevens maar ook met geld betaald.

Op andere gebieden zijn de regels van het GEKR niet specifiek toegesneden op de overeenkomsten tot levering van digitale inhoud, maar bieden zij desalniettemin adequate oplossingen voor problemen waar partijen mee geconfronteerd kunnen worden bij het sluiten van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Een goed voorbeeld zijn de regels over de wijze waarop algemene voorwaarden worden opgenomen in overeenkomsten, welke duidelijkheid verschaffen over de geldigheid van door middel van click-wrap- en browse-wraplicenties van toepassing verklaarde algemene voorwaarden.

Op het gebied van de onredelijk bezwarende bedingen zijn mijns inziens wel aanvullende regels nodig. Bedingen waarmee de mogelijkheid tot het maken van privékopieën

worden beperkt en bedingen die de consument verplichten tot het sluiten van een aanvullende overeenkomst met de verkoper of een derde partij zouden mijns inziens moeten worden opgenomen op de grijze lijst van artikel 85 GEKR. Bedingen waarmee de rechten van consumenten met betrekking tot de bescherming van persoonlijke gegevens worden beperkt of uitgesloten zouden ten slotte moeten worden toegevoegd aan de zwarte lijst van artikel 84 GEKR. Daarmee zou kunnen worden voorkomen dat een casuïstische beoordeling moet plaatsvinden van bedingen waarmee rechten met betrekking tot bescherming van persoonsgegevens worden beperkt, wat ook de voorspelbaarheid van de uitkomst van de toets en dus de rechtszekerheid van partijen bevordert.

Kortom, *grosso modo* kunnen de bepalingen van het GEKR goed worden toegepast op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud, zij het dat op sommige gebieden nog aanvullende wijzigingen noodzakelijk lijken. Wanneer de geluiden dat het toepassingsgebied van het GEKR beperkt zal worden tot op afstand gesloten overeenkomsten, of zelfs tot online gesloten overeenkomsten, juist blijken te zijn, zijn veel verdergaande aanpassingen van het GEKR nodig.

61. Voor zover de overdracht van de eigendom niet het automatische gevolg is van de sluiting van de overeenkomst, zoals dat bijvoorbeeld in Frankrijk als regel geldt.