



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud na de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten

Loos, M.

**Publication date**

2015

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Mediaforum

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Loos, M. (2015). Consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud na de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten. *Mediaforum*, 27(3), 94-102. <http://mediaforum.nl/files/MF%20totaal%203-2015.pdf>

**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 na de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten

Wetenschap

Marco Loos\*

***Apps, gestreamde films, gedownloadde muziek, online te spelen games: in de huidige maatschappij is digitale inhoud bijna niet meer weg te denken. Maar hoe worden overeenkomsten waarbij deze digitale inhoud wordt geleverd, juridisch geregeld? In dit artikel worden de wettelijk kaders geschetst.***

## Inleiding

Met de implementatie<sup>1</sup> van de Richtlijn consumentenrechten<sup>2</sup> bevat het Nederlandse privaatrecht voor het eerst een regeling voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. De implementatiewet heeft onder meer geleid tot de invoering van de nieuwe afdeling 6.5.2B BW en tot aanpassing van de regeling van de consumentenkoop in titel 7.1 BW.<sup>3</sup> De implementatiewet bepaalt onder meer dat een overeenkomst tot levering van digitale inhoud worden aangemerkt als een consumentenkoop (art. 7:5 lid 5 BW). Met de invoering van de nieuwe regeling zijn voorts de oude afdeling 7.1.9A BW (voor op afstand gesloten overeenkomsten) en de Colportagewet ingetrokken.<sup>4</sup>

In deze bijdrage zal ik aangeven welke contractenrechtelijke en consumentenrechtelijke regels sinds de omzetting van de Richtlijn van toepassing zijn op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Ik beperk mij daarbij tot overeenkomsten die op afstand tot stand zijn gekomen. In deze bijdrage zet ik eerst de voor dit artikel belangrijkste begrippen uiteen die worden gehanteerd in de nieuwe afdeling 6.5.2B BW, waarna ik de bepalingen van deze afdeling inhoudelijk bespreek. Vervolgens ga ik in op de toepassing van de regels voor de consumentenkoop op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Daarna stel ik kort de vraag aan de orde welke regels van toepassing zijn op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud waarbij de consument geen prijs in geld betaalt: de zogenaamd gratis ter beschikking gestelde digitale inhoud. Ik eindig met enkele slotopmerkingen.

\* Prof. dr. M.B.M. Loos is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) van de Universiteit van Amsterdam. Deze bijdrage bouwt voort op een reeks eerdere publicaties:

- M.B.M. Loos, N. Helberger, L. Guibault, C. Mak, L. Pessers, K.J. Cseres, B. van der Sloot, R. Tigner, Digital content contracts for consumers. 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, rapport voor de Europese Commissie, te downloaden via <http://bit.ly/1y3HMC7> (laatstelijk bezocht op 15 januari 2015) (hierna aangehaald als: Loos e.a. 2011);
- 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;
- M.B.M. Loos, Overeenkomsten tot levering van digitale inhoud, *Nederlands tijdschrift voor Burgerlijk recht* 2011/10, nr. 81, p. 591-594
- N. Helberger, L. Guibault, M.B.M. Loos, C. Mak, L. Pessers, B. van der Sloot, *Digital Consumers and the Law. Towards a Cohesive European Framework*, The Hague: Kluwer Law International, 2012;
- N. Helberger, M.B.M. Loos, L. Guibault, C. Mak, L. Pessers, 'Digital content contracts for consumers', *Journal of Consumer Policy* (36) 2013/1, p. 37-57;
- M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Monografie BW 65-B, Deventer: Kluwer, derde druk, 2014 (hierna: Loos 2014a);
- M.B.M. Loos, 'Consumentenovereenkomsten tot levering van digitale

inhoud onder het gemeenschappelijk Europees kooprecht, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2014/1, p. 2-13 (hierna: Loos 2014b).

- 1 Wet van 12 maart 2014 tot wijziging van de Boeken 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en enige andere wetten in verband met de implementatie van 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* L 304/64) (Implementatiewet richtlijn consumentenrechten), *Stb.* 2014, 140. Deze wet wordt hierna aangehaald als: de implementatiewet.
- 2 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.
- 3 De implementatiewet voorziet ook in de uitbreiding van de regeling van de oneerlijke handelspraktijken met een (niet op de Richtlijn consumentenrechten gebaseerde) vernietigingsgrond in art. 6:193j lid 3 BW voor overeenkomsten die onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk zijn gesloten, bijvoorbeeld omdat de handelaar heeft nagelaten informatie te verstrekken die hij had moeten geven op grond van de bepalingen van deze implementatiewet of op grond van andere regelingen. Deze vernietigingsgrond blijft in deze bijdrage verder onbesproken.
- 4 Zie art. II onder H en art. VI van de implementatiewet.

## Definities

### De begrippen ‘handelaar’ en ‘consument’

De nieuwe wettelijke regeling van afdeling 6.5.2B BW is slechts van toepassing bij overeenkomsten tussen een handelaar en een consument (art. 6:230h lid 1 BW). Dat maakt het van belang om te bekijken welke partijen als ‘consument’ en als ‘handelaar’ worden aangemerkt.

Van een ‘handelaar’ is volgens artikel 2 onder (2) Richtlijn consumentenrechten en artikel 6:230g lid 1 onder b BW sprake, indien de leverancier van de digitale inhoud handelt in de uitoefening van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit. Het gaat hierbij dus om een partij die als professionele verkoper of dienstverlener optreedt. Het begrip wordt in de preambule niet nader toegelicht. Aangenomen wordt dat rechtspersonen steeds als professionele partij moeten worden aangemerkt, ongeacht of zij winst nastreven of het algemeen belang behartigen: ook een overheidsorgaan, een stichting of een vereniging die als verkoper of dienstverlener optreedt, doet dat in beginsel als professionele partij. Lastiger wordt het om te bepalen wanneer *natuurlijke* personen als professionele verkoper moeten worden aangemerkt. Ten aanzien van het toepassingsgebied van het overeenkomstige begrip ‘professionele verkoper’ wordt in de Nederlandse praktijk gekozen voor de objectieve benadering: indien de verkoper de schijn (het vertrouwen) wekt dat hij handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf, dan wordt hij aangemerkt als een professionele verkoper, zelfs als achteraf komt vast te staan dat hij in werkelijkheid als particulier handelde;<sup>5</sup> het bij de consument opgewekte vertrouwen wordt derhalve beschermd. Dat kan voor de verkoper tot het onverwachte gevolg leiden dat hij te maken heeft met dwingendrechtelijke regels ter bescherming van de consument-koper, ook al is hij zelf nauwelijks deskundiger of maatschappelijk sterker dan de koper. In dit verband moet met name worden gedacht aan ‘prosumers’: natuurlijke personen die digitale inhoud zelf hebben ontworpen en deze te koop aanbieden aan consumenten. Indien zij dit doen middels een professioneel uitzijnde website, zullen zij al snel als handelaar (voor de toepassing van afdeling 6.5.2B BW) of als professionele verkoper (voor de toepassing van de consumentenkoop-regeling) worden aangemerkt.<sup>6</sup>

Waar het begrip ‘handelaar’ dus ruim wordt uitgelegd, kent de richtlijn juist een beperkte omschrijving voor het begrip ‘consument’. Zo geeft artikel 2 onder (1) Richtlijn consumentenrechten aan dat alleen een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Natuurlijke personen die een gemengde bestemming voor de te leveren bestemming hebben – zoals bij de aanschaf van een laptop die zowel als tekstverwerker en voor het *streamen* van muziek of van filmpjes zal worden gebruikt – zouden daarmee niet kunnen worden aangemerkt als consument. Ook de Nederlandse implementatie gaat in artikel 6:230g lid 1 onder a BW van deze beperkte definitie uit. De preambule van de Richtlijn consumentenrechten maakt echter duidelijk dat het begrip niet zo eng moet worden opgevat: overweging

(17) bepaalt dat wanneer ‘het handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst’ de natuurlijk persoon toch als consument dient te worden aangemerkt. Dit is ogenschijnlijk een codificatie van het criterium in het *Gruber*-arrest,<sup>7</sup> waar het Hof van Justitie echter aangaf dat zelfs indien het particuliere gebruik de overhand heeft, iemand niet als consument zou kunnen worden aangemerkt als het aandeel van het beroepsmatige gebruik ‘niet onbetekenend is’.<sup>8</sup> De formulering in de preambule lijkt daarmee een grotere groep personen als consument aan te merken dan uit het *Gruber*-arrest voortvloeide.

### De begrippen ‘digitale inhoud’, ‘duurzame gegevensdrager’ en ‘overeenkomst op afstand’

Artikel 2 van de Richtlijn consumentenrechten bevat ook een omschrijving van de begrippen ‘digitale inhoud’, ‘duurzame (gegevens)drager’ en ‘op afstand gesloten overeenkomsten’. ‘Digitale inhoud’ is in abstracte zin gedefinieerd als gegevens die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden (art. 2 onder (11) Richtlijn consumentenrechten). Hieronder vallen onder meer software, games en muziek die in digitale vorm zijn geproduceerd, ongeacht de wijze waarop zij aan de consument worden geleverd. De wijze van levering is echter wel van belang bij de vraag welke regels gelden ten aanzien van de mogelijkheid tot ontbinding van de overeenkomst tijdens de bedenktijd en ten aanzien van de op de overeenkomst van toepassing zijnde koopregels (zie hierna).

De digitale inhoud kan worden geleverd door middel van een duurzame gegevensdrager. Hieronder moet volgens artikel 2 onder (10) Richtlijn consumentenrechten en artikel 6:230g lid 1 onder i BW worden verstaan ‘ieder hulpmiddel dat de consument of de handelaar in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is aangepast aan het doel waarvoor de informatie is bestemd, en die een ongewijzigde weergave van de opgeslagen informatie mogelijk maakt’. Daaronder vallen in het bijzonder papier, usb-sticks, cd-roms, dvd’s, geheugenkaarten en harde schijven van computers, maar ook e-mails.<sup>9</sup> De opsomming is niet limitatief, zodat er ruimte is voor technologische ontwikkelingen. Van een duurzame gegevensdrager is volgens het Hof van Justitie in het *Content Services*-arrest echter geen sprake indien de informatie niet in de e-mail zelf is opgenomen, maar deze toegankelijk is via een in de e-mail opgenomen hyperlink naar de website van de handelaar.<sup>10</sup> Uit dit arrest blijkt voorts dat de website van de handelaar zelf wel een duurzame drager kan zijn, maar alleen indien deze 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 de consument de informatie ongewijzigd kan weergeven. De meeste websites zullen niet aan deze eisen voldoen.

Voor zover de digitale inhoud is geleverd op een duurzame gegevensdrager, wordt de digitale inhoud als een bestanddeel van de duurzame gegevensdrager en daarmee als een roerende

5 Zie Loos 2014a, nr. 12, met verwijzingen.

6 Zie in deze zin N. Helberger, L. Guibault, M. Loos, C. Mak, L. Pessers, B. van der Sloot, *Digital consumers and the law. Towards a cohesive European framework*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013, p. 49-50.

7 HvJ EU 20 januari 2005, zaak C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, Jur. 2005, p. I-439 (*Gruber/Bay Wa*).

8 HvJ EU 20 januari 2005, zaak C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, Jur. 2005, p. I-439 (*Gruber/Bay Wa*), punten 39 en 41.

9 Zie overweging (23) in de preambule van de Richtlijn consumentenrechten.

10 Zie Hof van Justitie 5 juli 2012, zaak C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419, NJ 2012, 542 m.nt. M.R. Mok, TvC 2013/3, p. 123 m.nt. S. De Pourcq (*Content Services Ltd*).

zaak beschouwd, zoals een op papier gedrukt boek ook als roerende zaak wordt beschouwd. Dat brengt mee dat op de overeenkomst de regels voor de levering van roerende zaken van toepassing is. Wanneer de digitale inhoud niet op een duurzame gegevensdrager wordt geleverd, gelden daarentegen bijzondere regels, met name wanneer de overeenkomst op afstand (of buiten een verkooppriimte<sup>11</sup>) is gesloten.

Van een op afstand gesloten overeenkomst is, kortweg, sprake, indien partijen niet in dezelfde ruimte aanwezig waren op het moment waarop de overeenkomst is gesloten en tot het moment van contractsluiting ook uitsluitend gebruik hebben gemaakt van een of meer middelen voor communicatie op afstand.<sup>12</sup> Naast per internet, telefoon of e-mail tot stand gekomen overeenkomsten vallen ook meer traditionele ‘middelen voor communicatie op afstand’ onder de werkingssfeer van de Richtlijn, zoals overeenkomsten met postorder- en direct mail-bedrijven en telewinkelen.<sup>13</sup> Aan de omschrijving van ‘overeenkomst op afstand’ is echter ook voldaan, indien de consument voor contractsluiting een winkel heeft bezocht om informatie te verkrijgen over de te leveren digitale inhoud en vervolgens de overeenkomst op afstand heeft gesloten zonder dat zij al in de winkel over de prijs of de leveringsvoorwaarden heeft onderhandeld.<sup>14</sup>

In overweging (zo) van de preambule bij de Richtlijn consumentenrechten wordt overigens aangegeven dat het systeem voor communicatie op afstand niet door de verkoper of dienstverlener zelf hoeft te worden georganiseerd, maar dat ook systemen die door derden worden aangeboden en waarvan de verkoper of dienstverlener niet louter incidenteel gebruikt maakt voor het sluiten van overeenkomsten, onder dit begrip vallen. In de memorie van toelichting bij de implementatiewet wordt in dit verband uitdrukkelijk gewezen op elektronische marktplaatsen, zoals marktplaats.nl en eBay.<sup>15</sup>

## Informatieplichten

De Richtlijn consumentenrechten en de Nederlandse implementatie daarvan leggen op de handelaar tal van informatieverplichtingen. Deze gelden in beginsel<sup>16</sup> zowel voor overeenkomsten die gesloten zijn in een verkooppriimte,<sup>17</sup> als die welke buiten een verkooppriimte of op afstand zijn gesloten. Deze informatieplichten gelden ook voor de overeenkomst tot levering van digitale inhoud. Zo bepaalt artikel 6:230m lid 1 BW voor op afstand of buiten verkooppriimten gesloten overeenkomsten dat de handelaar voor contractsluiting op duidelijke en begrijpelijke wijze informatie dient te verstrekken betreffende onder meer de voornaamste kenmerken van de aangeboden zaken, zijn identiteit (handelsnaam, geografische adres en telefoonnummer), de totale prijs inclusief belastingen en eventuele aanvullende kosten voor vervoer of bezorging (dan wel, indien een totaal prijs of de hoogte van de aanvullende kosten

niet bekend zijn, de wijze waarop deze berekend kan worden), de wijze en termijn van betaling, levering en nakoming, en het beleid op het gebied van klachtenbehandeling. De handelaar is voorts verplicht de consument te wijzen op het bestaan van de wettelijke conformiteitsregels en op het bestaan en de voorwaarden voor het invoeren van de eventuele commerciële garantie.

Voor zover het gaat om een duurovereenkomst, zoals een abonnement of een overeenkomst met een access service provider, dient de consument te worden geïnformeerd over de duur en de eventuele voorwaarden voor verlenging of opzegging. Bij overeenkomsten tot levering van digitale inhoud dient de handelaar bovendien de consument te informeren over de functionaliteit van digitale inhoud en de van toepassing zijnde technische beveiligingsvoorzieningen en, voor zover hij hiervan redelijkerwijs op de hoogte kan zijn, over de relevante compatibiliteit (interoperabiliteit) van de digitale inhoud met hardware en andere software. Daarnaast dient de handelaar de consument te informeren over het bestaan van de bedenktijd en de termijn en voorwaarden voor het invoeren van de ontbinding van de overeenkomst.

De handelaar dient de consument voorts te informeren over de gevolgen die het invoeren van de ontbindingsbevoegdheid met zich brengt en de consument het bij de richtlijn gevoegde modelformulier voor de ontbinding te verstrekken. Aan deze laatste informatieverplichtingen heeft hij voldaan indien hij het modelformulier voor de ontbinding heeft verstrekt en dat heeft ingevuld aan de hand van de in bijlage I deel A van de Richtlijn consumentenrechten bedoelde modelinstructies voor herroeping (art. 6:230n lid 1 BW). De handelaar dient de consument er ten slotte in voorkomend geval op te wijzen dat de consument bij de door haar te sluiten overeenkomst juist geen ontbindingsbevoegdheid heeft of, indien het gaat om een overeenkomst tot levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd, dat de consument uitdrukkelijk kan instemmen met de afstand van de ontbindingsbevoegdheid opdat de levering nog tijdens de bedenktijd plaatsvindt (art. 6:230m lid 1 onder k BW).

De bewijslast dat de informatieplichten tijdig en juist zijn nagekomen, rust volgens artikel 6:230n lid 4 BW op de handelaar.<sup>18</sup> Artikel 6:230v lid 1 BW geeft vervolgens aan dat de informatie bij een op afstand gesloten overeenkomst moet worden verstrekt in duidelijke en begrijpelijke taal en op een wijze die passend is voor de gebruikte middelen voor communicatie op afstand; indien de handelaar de informatie op een duurzame gegevensdrager verstrekt, dan dient deze in leesbare vorm te zijn opgesteld (art. 6:230v lid 1 BW). Dat betekent dat de informatie niet is verstrekt indien de consument geen toegang tot de informatie kan krijgen, bijvoorbeeld doordat de duurzame gegevensdrager defect is of het daarop geplaatste bestand fouten bevat en daardoor niet geopend kan worden.

11 Van een buiten verkooppriimte gesloten overeenkomst is sprake indien de overeenkomst niet op afstand, maar ook niet in een winkel of bij een reguliere marktkraam of stand op een beurs tot stand is gekomen, zie art. 2 onder (8) Richtlijn consumentenrecht en art. 6:230g lid 1 onder (f) BW. In het bijzonder is hieraan voldaan indien de overeenkomst de overeenkomst is gesloten in het huis of op de werkplek van de consument. Onder het tot 13 juni 2014 geldende recht was in een dergelijk geval veelal de nu ingetrokken Colportagewet van toepassing.

12 Zie art. 2 onder (7) Richtlijn consumentenrecht en art. 6:230g lid 1 onder (e) BW.

13 Zie M. B. M. Loos, *Consumentenkoop*, Monografie Privaatrecht B-65b, Deventer: Kluwer, derde druk, 2014, nr. 17, p. 35; Asser-Hijma 7-I, nr. 94c.

14 Zie overweging (zo) in de preambule bij de Richtlijn consumentenrechten.

15 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 520, nr. 3, p. 16-17.

16 Voor overeenkomsten die in een verkooppriimte zijn gesloten, gelden de informatieverplichtingen slechts voor zover de informatie niet al uit de context duidelijk is, zie artikel 6:230l, aanhef, BW. Anders dan voor op afstand of buiten een verkooppriimte gesloten overeenkomsten geldt bovendien geen bedenktijd, zodat geen van de daarop betrekking hebbende informatieverplichtingen van toepassing zijn.

17 Hieronder vallen niet alleen winkels, maar bijvoorbeeld ook marktkramen, zie artikel 6:230g lid 1 onder (g) BW.

18 Een overeenkomstige bepaling voor in een verkooppriimte tot stand gekomen overeenkomst ontbreekt overigens.

Wanneer de overeenkomst op afstand wordt gesloten met behulp van een middel voor communicatie op afstand dat slechts beperkte ruimte of tijd biedt voor het tonen van de informatie, zoals via de televisie of per sms, dan dient de handelaar via dat middel ten minste de precontractuele informatie over de voornaamste kenmerken van de zaken of diensten, zijn identiteit, de totale prijs, het recht van ontbinding, de duur van de overeenkomst en, bij een overeenkomst voor onbepaalde tijd, de voorwaarden om de overeenkomst op te zeggen, te verstrekken, zo bepaalt artikel 6:230v lid 3 BW. De overige informatie dient de handelaar 'op passende wijze' aan de consument te verstrekken; deze informatie kan in dat geval overeenkomstig het bepaalde in het zevende lid van dit artikel ook binnen redelijke termijn na contractsluiting, maar uiterlijk bij levering van de digitale inhoud, worden verstrekt.

## Bedenktijd en ontbindingsbevoegdheid

Op grond van artikel 6:230o lid 1 BW kan de consument een op afstand of buiten een verkooppriimte gesloten overeenkomst zonder opgave van redenen gedurende veertien kalenderdagen ontbinden zonder dat hij daarbij een boete behoeft te betalen. Voor de ontbindingsverklaring geldt geen vormvoorschrift, terwijl de ontbindingsverklaring haar effect heeft, indien zij tijdens de bedenktijd is verzonden, ook indien zij pas na afloop daarvan door de verkoper is ontvangen (lid 3). Wanneer de consument de ontbindingsverklaring op elektronische wijze via de website van de handelaar heeft uitgebracht, is die volgens lid 4 gehouden de ontvangst van de verklaring onverwijld te bevestigen op een duurzame gegevensdrager, waarbij een e-mail volstaat.<sup>19</sup> De consument draagt volgens artikel 6:230 lid 5 BW de bewijslast dat zij tijdig en op juiste wijze gebruik heeft gemaakt van haar ontbindingsbevoegdheid, zodat zij zo nodig wel de ontvangst van de ontbindingsverklaring dient te bewijzen.

Bij de levering van digitale inhoud die op een duurzame gegevensdrager is opgeslagen, begint de bedenktijd in beginsel te lopen op de dag waarop de consument of een door hem aangewezen derde, die niet de vervoerder is, de zaak heeft ontvangen (art. 6:230o lid 1, onder b sub 1<sup>o</sup> BW). Voor op een duurzame gegevensdrager geleverde audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur (maar niet voor andere digitale inhoud!) waarvan de verzegeling na levering is verbroken, geldt echter geen bedenktijd (art. 6:230p onder f sub 6<sup>o</sup> BW). Wet noch Richtlijn consumentenrechten bepalen overigens wat 'verzegeling' is; verdedigbaar lijkt dan ook dat technologische beschermingsmaatregelen onder omstandigheden als verzegeling kunnen gelden. Overigens is onduidelijk wat rechtens is, indien de consument wel op de hoogte was gesteld van het bestaan van zijn ontbindingsbevoegdheid, maar niet over het verlies van die bevoegdheid bij verbreking van de verzegeling: is zij dan niet correct geïnformeerd over de voorwaarden en de modaliteiten voor de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid (art. 6:230m lid 1 sub h BW), of is zij niet correct geïnformeerd over de omstandigheden waarin zij afstand doet van haar ontbindingsbevoegdheid (art. 6:230m lid 1 sub k BW)? Het onderscheid lijkt pietluttig, maar heeft grote gevolgen: bij schending van de informatieverplichting van artikel 6:230m lid 1 sub h BW wordt de bedenktijd met maximaal een jaar verlengd (art. 6:230o lid 2 BW), terwijl bij schending van artikel 6:230m lid 1 sub k BW de bedenktijd na verbreking van de

verzegeling 'gewoon' geëindigd is en de consument een beroep zou moeten doen op de normale remedies uit het contractenrecht, zoals schadevergoeding wegens schending van de informatieplicht. In dat geval zal zij hard moeten maken dat zij door de schending van de informatieplicht vermogensschade heeft geleden in de zin van artikel 6:95 BW.

Wanneer de digitale inhoud niet op een duurzame gegevensdrager is verstrekt, geldt echter een heel ander regime. In dat geval vangt de bedenktijd aan op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten (art. 6:230o lid 1 onder c BW). Voor levering van de digitale inhoud tijdens de bedenktijd gelden op grond van artikel 6:230p onder (q) en 230s lid 5 BW echter specifieke eisen:

- 1<sup>o</sup> de consument moet voor levering er uitdrukkelijk mee hebben ingestemd dat de uitvoering van de overeenkomst voor het einde van de ontbindingstermijn zou beginnen;
- 2<sup>o</sup> de consument moet uitdrukkelijk hebben verklaard afstand te doen van zijn ontbindingsbevoegdheid;
- 3<sup>o</sup> de handelaar moet de consument op een duurzame gegevensdrager hebben bevestigd dat de consument uitdrukkelijk heeft ingestemd met de aanvang van de uitvoering van de overeenkomst tijdens de bedenktijd en met het verlies van zijn ontbindingsbevoegdheid.

Wanneer de consument op dit punt niet correct was geïnformeerd, behoeft zij bij latere ontbinding van de overeenkomst niet te betalen voor al geleverde digitale inhoud, zo volgt uit artikel 6:230s lid 5 onder b BW. Overigens voldoet een e-mail voor zowel de uitdrukkelijke verklaring van de consument als de bevestiging van de handelaar.<sup>20</sup> Indien de consument echter wél correct was geïnformeerd, uitdrukkelijk heeft ingestemd met de uitvoering van de overeenkomst tijdens de bedenktijd en de handelaar een en ander ook correct heeft bevestigd, heeft de consument daarmee haar ontbindingsbevoegdheid verloren (art. 6:230p onder (q) BW). Dat geldt zelfs in het geval waarin de handelaar de digitale inhoud met behulp van technische beveiligingsmaatregelen verzegeld heeft en de consument de digitale inhoud wel gedownload heeft, maar nog niet met verbreking van dat zegel geopend en geïnstalleerd heeft.

## Gevolgen van ontbinding tijdens de bedenktijd

Het belangrijkste rechtsgevolg van de ontbinding van de overeenkomst tijdens de bedenktijd is dat partijen bevrijd worden van hun verplichtingen tot nakoming van de overeenkomst. Voor zover de overeenkomst al is nagekomen, ontstaan ongedaanmakingsverbintenissen: de consument dient (op haar kosten) de duurzame gegevensdrager met de digitale inhoud binnen veertien dagen na het uitbrengen van de ontbindingsverklaring aan de verkoper terug te zenden of aan de handelaar te overhandigen (art. 6:230s BW), terwijl de handelaar in de praktijk de door de consument betaalde gelden pas behoeft terug te betalen binnen veertien dagen nadat hij van de consument de duurzame gegevensdrager terug heeft ontvangen, dan wel hij van haar het bewijs heeft ontvangen dat zij deze heeft teruggezonden (art. 6:230r lid 1 en 4 BW). Voor zover de consument nog niet de beschikking had over de digitale inhoud – de duurzame gegevensdrager was nog niet geleverd

19 Zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33 520, nr. 3, p. 39-40.

20 Zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33 520, nr. 3, p. 48.

of de download had nog niet plaatsgevonden – dan geldt een termijn van veertien dagen na ontvangst van de ontbindingsverklaring (art. 6:230r lid 1 BW). Hetzelfde geldt indien de handelaar niet heeft voldaan aan de eisen van artikel 6:230p onder (q) en 230s lid 5 BW, aangezien in dat geval de consument de digitale inhoud om niet mag behouden en eventueel betaalde bedragen derhalve op grond van artikel 6:230s lid 6 BW onverschuldigd zijn betaald.

## Toepassing van de consumentenkoopregeling

### Kwalificatie als consumentenkoop

Een consumentenkoopovereenkomst wordt omschreven als de koop van een roerende zaak door een consument van een professionele verkoper tegen betaling van een prijs in geld (art. 7:5 lid 1 j<sup>o</sup> 7:1 BW). Een duurzame gegevensdrager, zoals een cd of usb-stick, is een dergelijke roerende zaak, zodat op de overeenkomst tot levering van deze duurzame drager de consumentenkoop-regeling van toepassing is, ook al is de digitale inhoud zelf natuurlijk niet als een roerende zaak te zien: net als bij de koop van een papieren boek is niet de onstoffelijke digitale inhoud, maar het stoffelijke voorwerp waarmee de digitale inhoud wordt geleverd leidend voor de kwalificatie van de overeenkomst. Met de invoering van de implementatiewet is – zonder dat de Richtlijn consumentenrechten dit overigens vereiste – de consumentenkoop-regeling van overeenkomstige toepassing verklaard voor digitale inhoud die niet op een duurzame gegevensdrager wordt geleverd (art. 7:5 lid 5 BW). De wetgever heeft het toepassingsgebied van de regeling echter zo ruim geformuleerd dat daar naar de letter ook overeenkomsten tot *streaming* van digitale inhoud onder vallen.

Inmiddels is een wetsvoorstel aanhangig om het toepassingsgebied te beperken tot koop-achtige leveringsovereenkomsten, waarbij de digitale inhoud geïndividualiseerd is en waarover de consument na levering de feitelijke macht kan uitoefenen.<sup>21</sup> Daarmee zal het toepassingsgebied van de consumentenkoop-regeling op de overeenkomst tot levering van digitale inhoud aansluiten bij rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>22</sup> Voor zover bij de *streaming*-overeenkomst overigens ook de mogelijkheid wordt genomen om de digitale inhoud op te slaan op een computer of bijvoorbeeld in een gepersonaliseerd deel van de *cloud*, is de consumentenkoop-regeling wel van toepassing.<sup>23</sup>

### Leveringsplicht

Artikel 7:5 lid 5 BW bepaalt dat op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd, onder meer artikel 7:9 BW niet van toepassing is. In dat artikel worden in de eerste plaats geregeld de verplichting van de verkoper om de eigendom van de zaak over te dragen

aan de koper en de verplichting om de zaak zelf af te leveren (in de praktijk: de verplichting om de zaak in de macht of ter beschikking van de koper te stellen) (art. 7:9 lid 1 BW). Lid 4 voegt daaraan toe dat in het geval van een consumentenkoop de (af)levering in ieder geval binnen 30 dagen na contractsluiting dient plaats te vinden, tenzij partijen een andere afspraak hebben gemaakt.

Dat geen verplichting tot eigendomsoverdracht op de verkoper van digitale inhoud rust, zal niet verbazen, aangezien de leverancier van de digitale inhoud in veel gevallen niet de beschikking heeft over de (intellectuele) eigendomsrechten. De uitzondering van de verplichting tot aflevering (binnen de daarvoor overeengekomen of wettelijke termijn) verbaast daarentegen wel. De bepaling is in de parlementaire geschiedenis gemotiveerd met het argument dat artikel 17 lid 1 Richtlijn consumentenrechten de desbetreffende artikelen uit de richtlijn niet van toepassing verklaart op deze overeenkomsten.<sup>24</sup> Deze argumentatie overtuigt niet:<sup>25</sup> de uitzondering in de richtlijn betekent slechts dat ten aanzien van deze onderwerpen geen harmonisatie is beoogd en het lidstaten dus vrijstaat om te doen wat hen goeddunkt.<sup>26</sup> Bovendien is de uitzondering alleen historisch verklaarbaar – de bepaling over de verplichting tot levering vormt een aanvulling op de bepalingen van de Richtlijn consumentenkoop,<sup>27</sup> welke richtlijn ook uitsluitend het oog had op de levering van roerende zaken. Of die richtlijn ook van toepassing zou moeten zijn op de levering van digitale inhoud, is op Europees niveau nooit besproken; dit kan dan ook geen reden zijn om bij de toepassing van de consumentenkoop-regeling op de levering van digitale inhoud op dit punt een uitzondering te maken.

Dat neemt niet weg dat door de uitzondering van de toepassing van artikel 7:9 BW naar geldend recht de leveringsplicht hetzij rechtstreeks uit de overeenkomst zelf volgt [?], hetzij op de aanvullende werking van artikel 6:248 lid 1 BW zal moeten worden gebaseerd, en eventueel ook contractueel beperkt of uitgesloten zal kunnen worden.<sup>28</sup> Het wetgevingsoortje wordt met de reparatiewet helaas niet hersteld.

### Risico-overgang

Artikel 7:10 BW bepaalt voor alle koopovereenkomsten dat het risico van tenietgaan of achteruitgang van de zaak in beginsel bij aflevering overgaat op de koper. Dat betekent dat de verkoper jegens de koper aansprakelijk is indien de beschadiging van de zaak voor aflevering optreedt (of zijn oorzaak heeft in een omstandigheid die op dat moment al bestond), maar dat zijn verantwoordelijkheid bij aflevering eindigt. Anders gezegd: op het moment van aflevering dient de zaak aan de overeenkomst te beantwoorden in de zin van het hierna te bespreken artikel 7:17 BW, maar voor nadien opgetreden gebreken is de verkoper in beginsel niet aansprakelijk.<sup>29</sup> Aangezien aflevering volgens het algemene vermogensrecht in de regel in de verkoopruimte of het magazijn van de verkoper

21 Zie Artikel II onder A sub 2 van het wetsvoorstel tot verduidelijking van het toepassingsgebied van de koopregels van titel 7.1 BW, *Kamerstukken II 2014/15*, 34 071, nr. 2.

22 Zie HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, NJ 2012, 293 (*De Beeldbrigade BV/ Hulskamp Group BV*); zie ook de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, *Kamerstukken II 2014/15*, 34 071, nr. 3, p. 2-3.

23 *Kamerstukken II 2014/15*, 34 071, nr. 3, p. 3.

24 *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 57.

25 Zie kritisch E.D.C. Neppelenbroek, 'Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud', *NJB 2013/33*, nr. 2014, p. 226; M.B.M. Loos, 'Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht', *NJB 2013/38*, nr.

2255, p. 2685.

26 Vgl. M. Schmidt-Kessel, L. Young, S. Benninghoff, C. Langhanke, G. Russek, 'Should the Consumer Rights Directive apply to digital content?', *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht 2011/1*, p. 11.

27 Richtlijn 1999/44/EG, *Pub. EG 1999*, L171/12.

28 Opgemerkt dient echter te worden dat voor zover het recht op nakoming in algemene voorwaarden geheel en onvoorwaardelijk zou worden uitgesloten, het daartoe strekkende beding onredelijk bezwarend is (artikelen 6:233 sub a j<sup>o</sup> 236 sub a BW).

29 Zie ook Loos 2014a, nr. 30, p. 68.

plaatsvindt, betekent dit dat de koper ervoor dient te zorgen dat hij de zaak op de eindbestemming krijgt, en draagt hij het risico van beschadiging onderweg.

Voor de consumentenkoop bepaalt artikel 7:11 lid 1 BW echter dat het risico bij bezorging pas overgaat als de zaak is bezorgd.<sup>30</sup> Dezelfde denkfout als hierboven bedoeld heeft echter meegebracht dat de bijzondere risico-regeling van artikel 7:11 BW niet van toepassing is op de levering van digitale inhoud die niet op een duurzame drager is geleverd. Dat lijkt te betekenen dat de verkoper ermee kan volstaan de digitale inhoud ter beschikking van de consument te stellen, bijvoorbeeld door de consument een link te zenden waar hij de digitale inhoud kan downloaden, maar dat de consument het risico draagt van gebreken die ontstaan in de digitale inhoud als gevolg van een verstoring van de verbinding tussen de computer van de consument en de server van de verkoper.<sup>31</sup>

### Conformiteit

Volgens artikel 7:17 lid 1 en 2 BW dient de leverancier digitale inhoud af te leveren die overeenstemt met hetgeen de consument daarvan mag verwachten, mede gelet op de mededelingen die de leverancier over de zaak heeft gedaan. De consument mag – behoudens andersluidende mededelingen van de leverancier – verwachten dat de digitale inhoud geschikt is voor normaal gebruik daarvan, alsmede voor bijzonder gebruik voor zover partijen dat bijzonder gebruik bij het sluiten van de overeenkomst hadden voorzien en de leverancier de consument niet duidelijk heeft gemaakt dat de digitale inhoud daarvoor niet geschikt was. Dat is echter anders indien de consument reden had om te betwijfelen dat de digitale inhoud voor het normale of bijzondere gebruik geschikt was, en heeft nagelaten te onderzoeken of die twijfel gerechtvaardigd was (lid 5). Daar staat tegenover dat wanneer de leverancier over bijzondere kennis over de af te leveren digitale inhoud beschikt waarvan hij weet of behoort te weten dat deze informatie voor de consument van belang is en dat de consument deze informatie mogelijk niet heeft, op de leverancier de verplichting kan rusten de consument hierover in te lichten. Laat hij dat na, dan kan de leverancier zich in beginsel niet beroepen op het feit dat de consument de ongeschiktheid van de digitale inhoud ook zelf had kunnen ontdekken.<sup>32</sup>

In het geval van een consumentenkoop staat de leverancier bovendien in beginsel in voor de juistheid van mededelingen over de digitale inhoud die afkomstig zijn van zijn professionele voorschakels, zoals de producent of de importeur, tenzij hij de juistheid van de mededeling heeft betwist, hij die mededeling niet kon kennen of de mededeling van de voorschakel *deze* consument niet kan hebben bewogen de koopovereenkomst te sluiten (artikel 7:18 lid 1 BW). Bij de levering van digitale inhoud kan dan worden gedacht aan een mededeling op de website van de producent van een game of van een digitaal

muziekbestand dat de game of het muziekbestand kan worden (af)gespeeld op een bepaalde tablet. Als dan blijkt dat die game of dat muziekbestand niet kan worden (af)gespeeld op een dergelijke tablet, levert dat non-conformiteit op, tenzij de verkoper die mededeling heeft weersproken. De leverancier is ook niet aansprakelijk indien de mededeling niet op de website stond, maar in een email tussen consument en producent, aangezien de leverancier die mededeling niet behoeft te kennen. Ook is hij niet aansprakelijk indien de consument heeft aangegeven de digitale inhoud niet te willen afspelen op de door de producent genoemde tablet, maar op zijn desktop computer (en de digitale inhoud daarvoor geschikt was), aangezien er dan geen causaal verband bestaat tussen de mededeling van de producent en de contractsluiting.

Artikel 7:18 lid 2 BW voegt hieraan toe dat indien een gebrek zich binnen zes maanden na aflevering manifesteert, bij een consumentenkoop wordt vermoed dat het gebrek al bestond op het moment van aflevering, tenzij de aard van de zaak of de aard van de afwijking zich tegen dat vermoeden verzet. De beide uitzonderingen op de regel worden beperkt geïnterpreteerd: het bewijsvermoeden geldt ook in geval van evidente val- en stootschade die ook een niet-deskundige consument moet opvallen, maar waarover de consument vrijwel direct na aflevering heeft geklaagd, maar het vermoeden geldt niet, indien de consument drie weken heeft gewacht alvorens over een dergelijk gebrek te klagen, en ook niet bij bederfelijke waar. In andere gevallen strekt het wettelijk vermoeden er juist toe om het bewijsrisico (of de non-conformiteit voor of na aflevering is ontstaan) te doen verschuiven van de koper naar de verkoper, zodat het enkele feit dat er twijfel over het tijdstip van het ontstaan van het gebrek kan zijn, voor rekening van de verkoper moet blijven.<sup>33</sup> De verkoper zal dan tegendeelbewijs moeten leveren, dat wil zeggen: moeten bewijzen dat het gebrek tijdens de aflevering nog niet bestond en dat het evenmin zijn oorzaak vindt in een verborgen probleem dat op dat moment al wel bestond, en dus alleen kan zijn veroorzaakt door een omstandigheid die voor rekening van de koper dient te blijven.<sup>34</sup>

In de praktijk kunnen bij digitale inhoud verschillende soorten conformiteitsproblemen worden onderscheiden: problemen met betrekking tot de toegang, compatibiliteit en functionaliteit van de digitale inhoud, kwaliteitsproblemen, en veiligheidsproblemen. Deze categorieën lopen overigens in elkaar over en de kwalificatie van het type probleem heeft geen juridische gevolgen. De drie categorieën hebben bovendien met elkaar gemeen dat zij alle betrekking hebben op verborgen gebreken, dat wil zeggen: op gebreken die de consument niet kan ontdekken voordat zij gebruik maakt van de digitale inhoud. Voor zover de leverancier de gebreken kende of behoorde te kennen, maar deze niet voor contractsluiting heeft gemeld aan de consument, is zonder meer sprake van non-conformiteit.

30 Het risico gaat wel al bij aflevering over indien de verkoper geen bezorging aanbiedt en de koper zelf een vervoerder inschakelt, zie art. 7:11 lid 2 BW.

31 Dit lijkt anders te zijn onder de regeling van het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht: volgens artikel 105 lid 1 GEKR gaat het risico pas over op de consument als deze de beschikking heeft gekregen over de digitale inhoud. Daarvan is mijns inziens pas sprake als een eventuele download voltooid is. 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, brengt lid 3 van het artikel mee dat het risico pas overgaat wanneer de consument de digitale inhoud heeft geïnstalleerd of een redelijke termijn om de digitale inhoud te installeren, is verstreken. Zie Loos 2014b, p. 9.

32 HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, NJ 2008, 588 (Van Dalfsen/Gem. Kampen).

33 M. B. M. Loos, *Consumentenkoop*, Monografie BW B-65c, Deventer: Kluwer, derde druk 2014, nr. 31, p. 75-76. Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1388; zie ook in Duitsland Bundesgerichtshof 14 september 2005, zaaknr. VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490.

34 Dat het hier gaat om tegendeelbewijs, volgt uit de formulering van artikel 5 lid 3 Richtlijn consumentenkoop; in deze zin ook Asser/Hijma 7-1\* (2013), nr. 32a; Hof Amsterdam 23 november 2010, NJF 2011/80, TvC 2011/4, p. 164 (Capuzo/Homan); Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ64360 (Hazet Ochten BV/X). In deze zin in Duitsland ook uitdrukkelijk Bundesgerichtshof 29 maart 2006, zaaknr. VIII ZR 173/05, BGHZ 167, 40, NJW 2006, 2250.

Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om op deze conformiteitsproblemen zelf nader in te gaan.<sup>35</sup> Op deze plaats volstaat het om op te merken dat de conformiteitsregels in beginsel bij al deze soorten conformiteitsproblemen kunnen worden toegepast. In het bijzonder geldt als uitgangspunt dat wanneer de digitale inhoud niet geschikt is voor het normale gebruik daarvan, er sprake is van non-conformiteit. Dit betekent echter niet dat toepassing van de conformiteitsregel steeds gemakkelijk zal zijn bij overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Integendeel: anders dan bij fysieke, roerende zaken is vaak onduidelijk *wat* de consument redelijkerwijs mag verwachten van de digitale inhoud.<sup>36</sup> Het criterium 'normaal gebruik' wijst op een standaard aan de hand waarvan wordt beoordeeld of het door de consument gewenste gebruik als normaal kan worden gezien.

Het probleem is dat bij digitale inhoud een dergelijke standaard veelal (nog) ontbreekt. Hiervoor zijn verschillende oorzaken. In de eerste plaats: overeenkomsten tot levering van digitale inhoud zijn een nog relatief nieuw fenomeen, waardoor een dergelijke standaard nog niet goed kan zijn ontwikkeld. In de tweede plaats: er zijn heel verschillende soorten digitale inhoud met een hoog niveau van productdifferentiatie. In de derde plaats lopen de voorwaarden en licenties waaronder digitale inhoud wordt aangeboden door de verschillende leveranciers ervan, sterk uiteen. En ten slotte wordt de markt voor digitale inhoud grotendeels bepaald door de technische omgeving waarin de digitale inhoud wordt ontwikkeld en de voortdurende snelle technologische verandering. Als gevolg van het laatste is een standaard die zich op een bepaald moment zou kunnen hebben ontwikkelen, vaak alweer achterhaald op het moment waarop in een volgende procedure de conformiteit van de digitale inhoud moet worden beoordeeld.

Een voor de praktijk belangrijke factor bij de beoordeling of de geleverde digitale inhoud aan de overeenkomst beantwoordt, is het feit dat de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper in belangrijke mate beïnvloed worden door mededelingen van de verkoper of de producent. Dergelijke mededelingen kunnen de verwachtingen van de koper doen opschroeven, maar ook inperken. Dat maakt dat de 'gerechtvaardigde verwachtingen' van de consument relatief eenvoudig gemanipuleerd kunnen worden door de verkoper, door de consument voor of bij contractsluiting te informeren wat zij *niet* van de digitale inhoud mag verwachten, bijvoorbeeld door haar mee te delen dat ongestoorde toegang tot de digitale inhoud niet verzekerd kan worden, in het bijzonder niet indien deze is opgeslagen in de *cloud*. Daarmee beperkt de leverancier van de digitale inhoud in feite zijn aansprakelijkheid door een inperking van de te leveren prestatie.<sup>37</sup>

Mijns inziens kan de beïnvloeding echter niet zover gaan dat zij de gerechtvaardigde verwachtingen kan ondergraven die de consument op basis van eerdere ervaring met deze of vergelijkbare digitale inhoud mag hebben, aangezien anders de (uit artikel 7:6 lid 1 BW voortvloeiende) dwingendrechtelijke

bescherming die artikel 7:17 BW de consument biedt, wordt ondermijnd. Zo mag naar mijn mening de consument, ook wanneer de leverancier van de digitale inhoud aangeeft dat de digitale inhoud van mindere dan de gemiddelde kwaliteit is, verwachten dat de digitale inhoud in ieder geval geschikt is voor het gebruik waarvoor deze digitale inhoud nu juist gewoonlijk of specifiek bedoeld is.<sup>38</sup> Bovendien dienen bij de beoordeling van wat de consument van de digitale inhoud mag verwachten, ook meer abstracte noties te worden betrokken als de openbare orde, de bescherming van de privacy en (andere) fundamentele rechten, zoals het recht op vrije meningsuiting en het recht om kennis te nemen van de opvattingen van anderen.<sup>39</sup>

Een andere complicatie betreft het feit dat bij de levering van digitale inhoud sprake kan zijn van een duurovereenkomst. Artikel 7:17 BW is in de eerste plaats ontwikkeld voor de levering van roerende en onroerende zaken. Dergelijke overeenkomsten worden meestal meteen bij contractsluiting of kort daarna geheel nagekomen. Dat is anders bij duurovereenkomsten, waarbij de verkoper voortdurend of herhaaldelijk goederen moet leveren.<sup>40</sup> Voor zover de overeenkomst de leverancier 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 leverancier 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. Een aanpassing van artikel 7:17 BW voor dergelijke duurovereenkomsten is wenselijk, maar niet in de wet opgenomen.<sup>41</sup> Ook een niet-ingerpakte toepassing van het bewijsvermoeden van artikel 7:18 lid 2 BW kan tot onverwachte gevolgen leiden: bij regelmatige updates zou het bewijsvermoeden niet slechts gedurende de eerste zes maanden na aflevering op de leverancier van de digitale inhoud komen te rusten, maar feitelijk permanent.<sup>42</sup>

## Remedies

In geval van non-conformiteit kent de wet in het geval van een consumentenkoop aan de consument verschillende rechten toe. Voor de volledigheid zij er wel op gewezen dat de consument binnen bekwame tijd nadat zij het gebrek heeft geconstateerd, hierover dient te klagen bij de leverancier van de digitale inhoud, op straffe van het verval van al haar rechten (art. 7:23 lid 1 BW). Een klacht die binnen twee maanden na de ontdekking is ingediend, is daarbij in ieder geval nog tijdig. De klacht is zelf vormvrij, maar moet de leverancier wel informeren over de aard van de gestelde non-conformiteit.<sup>43</sup> Schending van deze klachtplicht leidt tot het algeheel verlies van de

35 Zie daarvoor Loos e.a. 2011, p. 109-122.

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

37 Schmidt-Kessel e.a. 2011, p. 13.

38 Zie Loos e.a. 2011, p. 222-223.

39 Loos e.a. 2011, p. 164.

40 Naast abonnementen voor de levering van digitale inhoud kan ook worden gedacht aan energieleveringsovereenkomsten, die volgens artikel 7:5 lid 5 BW eveneens als consumentenkoop moeten worden gekwalificeerd. Op overeenkomsten tot levering van water is de consumentenkoop-regeling niet (artikel

7:5 lid 3 BW), maar de algemene regeling van titel 7.1 BW en dus ook de conformiteitswet van artikel 7:17 BW wel van toepassing.

41 Zie ook Loos 2014a, nr. 10, p. 17-18.

42 Vgl. Chr. Jeloschek en 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?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2013/2, p. 42-43.

43 HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, NJ 2010, 331 (*Kortenhorst/Van Lanschot Bank*).



rechten die samenhang met de non-conformiteit, alsmede de mogelijkheid voor de consument om op basis van hetzelfde feitencomplex een beroep te doen op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad of vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling.<sup>44</sup>

De meest uitgebreid geregelde sanctie bij non-conformiteit is het recht op nakoming: op grond van artikel 7:21 BW heeft de consument recht op aflevering van het eventueel nog ontbrekende deel van de digitale inhoud en reparatie of vervanging van de gebrekkige digitale inhoud.<sup>45</sup> Van het eerste kan sprake zijn, als de digitale inhoud geleverd had moeten worden met een installatievoorschrift of gebruiksaanwijzing en deze blijkt te ontbreken. Ook kan het gaan om de levering van overeengekomen, maar nog ontbrekende updates. Reparatie kan soms plaatsvinden, doordat de leverancier de consument een update zendt, waarmee bijvoorbeeld een bug in de software wordt gerepareerd. Vervanging betekent de levering van nieuwe digitale inhoud in ruil voor de teruglevering van de gebrekkige digitale inhoud. Dat kan problematisch zijn, bijvoorbeeld omdat de consument niet in staat is de gebrekkige digitale inhoud te uploaden of zelfs maar te verwijderen van zijn computer. Op grond van Europese rechtspraak is dit echter het probleem van de verkoper: het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de verkoper in geval van vervanging of reparatie de kosten van zowel het verwijderen van het gebrekkige product als de installatie van het vervangende product draagt.<sup>46</sup>

Nu naar Nederlands recht de overeenkomst tot levering van digitale inhoud als een consumentenkoop heeft te gelden, geldt deze rechtspraak ook voor de levering van digitale inhoud. Wel kan, op grond van dezelfde rechtspraak, de consument niet voor vervanging in plaats van reparatie kiezen indien de kosten voor vervanging in een wanverhouding tot de kosten voor reparatie staan.<sup>47</sup> Is wel vervanging maar geen reparatie mogelijk, dan kunnen de kosten in beginsel geen argument zijn om de vervanging te weigeren. Indien echter sprake zou zijn van een extreme wanverhouding tussen de oorspronkelijke koopprijs en de kosten voor vervanging, is de leverancier gerechtigd van de consument een eigen bijdrage te verlangen.

Het is echter aan de rechter om te oordelen of van zo'n extreme wanverhouding sprake is. Bovendien is de consument gerechtigd om te weigeren de bijdrage te betalen, maar dan kan de leverancier van de digitale inhoud vervolgens de vervanging weigeren: in dat geval kan nakoming van de leverancier van de digitale inhoud niet langer gevegd worden.<sup>48</sup> Waar reparatie wel, maar vervanging niet mogelijk is, geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. Voor zover de leverancier verplicht is tot herstel of vervanging, maar daartoe niet overgaat ondanks schriftelijke aanmaning, kan de consument het herstel of de vervanging ook

door een derde laten uitvoeren en de kosten vervolgens op de leverancier verhalen (art. 7:21 lid 6 BW). Effectief komt dit neer op schadevergoeding, maar met het verschil dat dit kostenverhaal ook mogelijk is indien sprake is van overmacht aan de zijde van de leverancier (art. 6:75 BW).

Met de schadevergoedingsvordering is meteen de tweede remedie genoemd die de teleurgestelde consument ten dienste staat. Artikel 7:24 lid 1 BW maakt duidelijk dat de schadevergoedingsvordering overeenkomstig de algemene regels van de artikelen 6:74 BW e.v. moet worden beoordeeld, zodat de consument de tekortkoming (de non-conformiteit), de schade en het causaal verband moet bewijzen. Het is echter aan de leverancier om eventueel overmacht te bewijzen, waarbij opgemerkt zij dat een exoneratieclausule in strijd met artikel 7:6 lid 1 BW is en derhalve door de rechter ambtshalve buiten toepassing dient te worden gelaten.<sup>49</sup> Voor zover nakoming nog niet blijvend onmogelijk is, zal de leverancier van de digitale inhoud echter eerst in verzuim moeten zijn overeenkomstig de algemene regels van de artikelen 6:81-83 BW, hetgeen veelal een ingebrekestelling zal vergen. Wanneer sprake is van een duurovereenkomst, zoals bij een abonnement op een virusscanner, is alsnog correcte nakoming voor het verleden echter onmogelijk, zodat in zoverre direct schadevergoeding gevorderd kan worden.<sup>50,51</sup>

Ten slotte kan de consument ook een beroep op ontbinding van de overeenkomst of op prijsvermindering doen (art. 7:22 lid 1 BW). Van deze rechten kan de consument echter alleen dan gebruik maken, indien nakoming (herstel of vervanging) onmogelijk is of dit niet van de leverancier kan worden gevegd, dan wel de leverancier tekortschiet in de nakoming van de verplichting om hiertoe over te gaan binnen een redelijke termijn en zonder de consument hierbij ernstige overlast te berokkenen (art. 7:22 lid 2 BW). Bij de vraag wat een redelijke termijn is en wanneer sprake is van ernstige overlast, zal de aard van de digitale inhoud van belang zijn: het maakt nogal uit of redelijkerwijs te verwachten is dat de digitale inhoud dagelijks door de consument gebruikt wordt (zoals de besturingssoftware voor MS Windows of Mac OS) of om slechts incidenteel te gebruiken (zoals een muziekbestand). Bij de besturingssoftware zal immers veel sneller sprake zijn van ernstige overlast of een te lange duur van de herstel poging dan bij de levering van een muziekbestand dat tijdelijk niet kan worden afgespeeld.

## Toepassing op 'gratis' digitale inhoud?

Zowel de nieuwe regeling van afdeling 6.5.2B BW als die van de consumentenkoop gaat uit van de gedachte dat de consument in ruil voor de levering van de digitale inhoud een prijs (in geld) betaalt.<sup>52</sup> Bij overeenkomsten tot levering van digitale

44 Zie hierover uitgebreid Loos 2014a, nr. 40.

45 Zie uitgebreid over het recht op nakoming als remedie bij de levering van non-conforme digitale inhoud: D. J. B. op Heij, "Nakoming": een geschikte remedie voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud?, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2015, afl. 2 (nog te verschijnen).

46 HvJ EU 16 juni 2011, gevoegde zaken C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, Jur. 2011, p. I-5257 (Weber/Wittmer en Putz/Medianess).

47 Vgl. ook Schmidt-Kessel e.a. 2011, p. 13.

48 HvJ EU 16 juni 2011, gevoegde zaken C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, Jur. 2011, p. I-5257 (Weber/Wittmer en Putz/Medianess).

49 Vgl. ten aanzien van algemene voorwaarden in algemene zin Hof van Justitie 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013, 487 (Asbeek Brusse), en voor de toepasselijkheid daarvan op de consumentenkoop-regeling de Conclusie van A-G Sharpston 27 november 2014, zaak C-497/13, ECLI:EU:C:2014:2403 (Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV). De beslissing van het Hof van Justitie in deze zaak (die door het Hof Arnhem-Leeuwarden aan het Hof van Justitie is voorgelegd) wordt dit jaar verwacht.

50 Zie in algemene zin HR 11 januari 2002, NJ 2003, 255 m.nt. JH (Schwartz/Gnjatovic).

51 Voor de volledigheid zij nog opgemerkt dat extra beperkingen gelden voor het geval digitale inhoud zou moeten worden beschouwd als een 'product' in de zin van de regeling van de productaansprakelijkheid en het gaat om schade die volgens de regeling van afdeling 6.3.3 BW kan worden verhaald op de producent van de digitale inhoud, en deze niet ook de leverancier is: in dat geval is namelijk de leverancier in beginsel niet aansprakelijk (art. 7:24 lid 4 BW). Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om hier nader op in te gaan.

52 Bij de regeling van de consumentenkoop volgt dat uit de definitie van de koopovereenkomst in art. 7:1 BW, bij afdeling 6.5.2B uit de verwijzing naar die bepaling voor de consumentenkoop in art. 6:230g lid 1 onder c BW en de omschrijving van het begrip 'overeenkomst tot het verrichten van diensten' in art. 6:230g lid 1 onder d BW. Ook de Richtlijn consumentenrechten gaat ervan uit dat de consument 'een prijs betaalt of zich ertoe verbindt een prijs te betalen', zie art. 2 onder (5) en (6) Richtlijn consumentenrechten.

inhoud wordt de digitale inhoud echter vaak ter beschikking van de consument gesteld *zonder* dat de consument hiervoor een prijs in geld behoeft te betalen. Eerder<sup>53</sup> heb ik er al op gewezen dat bij dergelijke overeenkomsten de consument wel degelijk een tegenprestatie levert. In ruil voor de levering van digitale inhoud verzamelen bedrijven, expliciet via registratieformulieren of stiekem via cookies, de persoonlijke gegevens van hun klanten. Op basis van de aldus verkregen informatie bieden bedrijven gepersonaliseerde reclame aan, waarmee zij winst maken. De persoonlijke informatie die wordt verschaft in ruil voor dergelijke 'gratis' digitale inhoud, vertegenwoordigt dus in werkelijkheid een geldelijke waarde, en de betaling heeft alleen op een andere dan de gebruikelijke wijze plaatsgevonden. Bovendien maken veel businessmodellen, bijvoorbeeld bij 'apps', gebruik van een combinatie van een gratis product met reclame en, tegen betaling van een klein bedrag in geld, een reclame-vrije of aangeklede versie van dezelfde digitale inhoud. Het lijkt weinig zinvol om de 'gratis' geleverde digitale inhoud op basis van andere maatstaven te beoordelen dan de levering van in geld betaalde digitale inhoud.

Mijns inziens dienen de regels van afdeling 6.5.2B BW en die van de consumentenkoop dan ook onverkort van toepassing te zijn op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud waarbij de consument geen prijs in geld betaalt. Dat laat overigens onverlet dat bij de invulling van de conformiteitsnorm wel rekening kan worden gehouden met het feit dat geen geld is betaald. Dat is echter niets nieuws: bij de invulling van die norm wordt altijd al rekening gehouden met de hoogte van de prijs, omdat die de verwachtingen die de koper van de zaak mag hebben, beïnvloedt. Verdedigbaar lijkt overigens dat de Europese rechtspraak over het recht op kosteloos herstel of kosteloze vervanging bij de 'gratis' levering van digitale inhoud niet één-op-één kan worden toegepast: het lijkt te ver te gaan om de leverancier hiertoe te verplichten indien de kosten voor herstel of vervanging niet in verhouding staan tot de waarde die de digitale inhoud zou hebben gehad indien de digitale inhoud wel aan de overeenkomst zou hebben beantwoord. Mogelijk zou de leverancier in een dergelijk geval een beroep kunnen doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Wanneer als gevolg hiervan aan de consument geen beroep op (kosteloos) herstel of vervanging toekomt, staat haar wel het recht op ontbinding van de overeenkomst toe. Aangezien in een dergelijk geval ook de prestatie van de consument ongedaan moet worden gemaakt, zal dat betekenen dat de leverancier de verkregen persoonlijke gegevens zal moeten verwijderen of – indien dat gezien de wijze van gegevensverzameling niet mogelijk is – de waarde daarvan dienen te vergoeden.<sup>54</sup>

## Tot besluit

Met de invoering van de nieuwe afdeling 6.5.2B en de wijziging van het toepassingsgebied van de consumentenkoopregeling in artikel 7:5 lid 5 BW is eindelijk een wettelijk kader geschapen voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Dat kader is niet onomstreden,<sup>55</sup> maar biedt in ieder geval voor overeenkomsten waarbij digitale inhoud op een duurzame wijze ter beschikking wordt gesteld van de consument, duidelijkheid over de van toepassing zijnde wettelijke regeling. De consumentenkoopregeling lijkt voor het merendeel van de gevallen ook geschikt voor de beoordeling van vorderingen gebaseerd op non-conformiteit, maar de regeling zal zich op dit punt in de praktijk nog moeten bewijzen. Voor *streaming*-overeenkomsten is de wettelijke regeling van de consumentenkoop minder geschikt, maar deze categorie overeenkomsten zal vermoedelijk binnenkort niet meer onder de consumentenkoop-regeling vallen. Welke wettelijke regeling dan van toepassing is op dergelijke overeenkomsten, is niet eenvoudig te bepalen:

- er wordt geen werk van stoffelijke aard tot stand gebracht, zodat de regeling van de aanneming van werk (art. 7:750 BW) zonder meer niet toepasselijk is;
- aangezien de *gestreamde* (of vervangende) digitale inhoud niet behoeft te worden teruggeleverd, is van huur, gebruiksleen of verbruikleen geen sprake;<sup>56</sup>
- aangezien de digitale inhoud in de praktijk tegen betaling van een prijs in geld dan wel tegen betaling met persoonlijke gegevens gepaard gaat, is ook de schenkingsregeling niet van toepassing;
- de levering van de digitale inhoud kan niet worden gezien als een overeenkomst van 'goederenvervoer', aangezien niet het transport maar het genot van de digitale inhoud centraal staat.

Dat lijkt ertoe te leiden dat een dergelijke overeenkomst als een overeenkomst van opdracht (art. 7:500 BW) dan wel als een *sui generis*-overeenkomst moet worden gekwalificeerd. In beide gevallen is de wettelijke inbedding van de overeenkomst zwak: bij een *sui generis*-overeenkomst gelden alleen de contractuele afspraken en het algemeen verbintenissenrecht, bij de overeenkomst van opdracht kan de 'uitschakelbepaling' van artikel 7:500 lid 2 BW tot hetzelfde resultaat leiden. Bij *streaming*-overeenkomsten weten daardoor noch de leverancier, noch de consument dus goed waar zij aan toe zijn. Het lijkt niet waarschijnlijk dat de wetgever op korte termijn tot regelgeving zal overgaan, dus duidelijkheid zal vermoedelijk door rechtspraak tot stand moeten worden gebracht.

53 Loos 2011, p. 594.

54 Zie de artikelen 6:271 en 272 BW.

55 Zie recentelijk nog E.D.C. Neppelenbroek, 'Digitale inhoud en consumentenkooprecht. Een groot bezwaar en een kleine wijziging', *NJB* 2014, afl. 8, nr. 413.

56 Zie in die zin wel het Duitse recht, vgl. B. Zahn, 'Die Anwendbarkeit des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts auf Verträge über digitale Inhalte', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2014/1, p. 80.