



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De (voorgestelde) omzetting van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud

Loos, M.B.M.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2021). De (voorgestelde) omzetting van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud. *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken*, 2021(4), 216-228. <https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/209970/1001590011>

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

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

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

De (voorgestelde) omzetting van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud

Het wetsvoorstel voor de omzetting van de Richtlijn digitale inhoud en de Richtlijn verkoop goederen is onlangs bij het Nederlandse parlement ingediend. Omdat bij de implementatie de nodige haast is geboden – de beide regelingen dienen al te gelden vanaf 1 januari 2022 – is er nauwelijks tijd voor een evenwichtige parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. Daar bestaat echter wel reden toe. De beide richtlijnen laten op onderdelen keuzevrijheid aan de lidstaten. Over de door de minister gemaakte keuzes (waar ik het *grosso modo* overigens mee eens ben) kan soms worden getwist – en dus wordt er volop gelobbyd door brancheorganisaties en door VNO-NCW en MKB-Nederland, terwijl het van de kant van consumentenorganisaties grotendeels stil blijft. Ook vanuit de wetenschap wordt nauwelijks aandacht besteed aan het wetsvoorstel. Dit artikel beoogt die omissie weg te nemen.

1. Inleiding

Op 20 mei 2019 zijn de Richtlijn digitale inhoud¹ en de Richtlijn verkoop goederen² door het Europees Parlement en de Raad van Ministers vastgesteld. Aan de lidstaten is maar weinig tijd gegeven voor de implementatie van de beide richtlijnen: artikel 24 lid 1 van beide richtlijnen bepaalt dat deze uiterlijk op 1 juli 2021 moeten zijn omgezet. De artikelen tot implementatie van de Richtlijn digitale inhoud moeten (met enkele uitzonderingen³) worden toegepast op digitale inhoud en digitale diensten die vanaf 1 januari 2022 worden geleverd; de artikelen tot implementatie van de Richtlijn verkoop goederen zijn van toepassing op consumentenkoopovereenkomsten die vanaf 1 januari 2022 worden gesloten.⁴ De inhoud van de beide richtlijnen en de gevolgen die zij hebben voor het Nederlandse recht heb ik in een eerdere bijdrage voor dit tijdschrift beschreven.⁵ In deze bijdrage ga ik in op de implementatie van de richtlijnen in het Nederlandse recht, in het bijzonder op die punten waar de Nederlandse wetgever een keuze diende te maken om wel of niet gebruik te maken van de in de richtlijnen geboden opties (par. 3-4). Daarvóór ga ik in op de keuze ten aanzien van de wijze van implementatie (par. 2). Een van de belangrijkste noviteiten die de Richtlijn digitale inhoud biedt, is dat zij ook van toepassing is op overeenkomsten waarbij de consument geen prijs in geld betaalt in ruil voor de levering van de digitale inhoud of dienst, maar persoonsgegevens verstrekt. Dat roept uiteraard de vraag

op hoe de implementatiewetgeving zich verhoudt tot de regels die voortvloeien uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).⁶ Op deze vraag ga ik in par. 5 in. Het artikel wordt afgesloten met een korte conclusie (par. 6).

2. Implementatie in Boek 7 BW, maar hoe en waar?

De Nederlandse wetgever is aanvankelijk voortvarend te werk gegaan. Eind 2019 is een voorontwerp van het wetsvoorstel op internet gepubliceerd, waarop kon worden gereageerd om de periode van 20 december 2019 tot 31 januari 2020. In de memorie van toelichting wordt vermeld dat de regering 28 reacties op de internetconsultatie heeft ontvangen, waarvan er 20 (waaronder die van mij) online zijn gepubliceerd.⁷ Het wetsvoorstel is uiteindelijk bij Koninklijke Boodschap van 16 februari 2021 ingediend bij de Tweede Kamer.⁸ In de memorie van toelichting wordt ingegaan op de adviezen van het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR), een onafhankelijk en extern adviesorgaan dat regering en parlement adviseert over het minimaliseren van regeldruk, en van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), de toezichthouder op het gebied van persoonsgegevens, en op de Uitvoerings- en handhavingstoets van de Autoriteit Consument en Markt (ACM), de toezichthouder op het gebied van consumenten-

* Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam, en aangesloten bij het Amsterdam Centre for Transformative private law (ACT).

1. Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *PbEU* 2019, L 136/1.
2. Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, *PbEU* 2019, L 136/28.
3. Deze betreffen de mogelijkheid tot wijziging van de digitale inhoud of digitale dienst (art. 19 Richtlijn digitale inhoud) en de verhaalsmogelijkheid voor de leverancier op diens voorschakel (art. 20 Richtlijn digitale inhoud), welke bepalingen slechts van toepassing zijn op overeenkomsten die na 1 januari 2022 worden gesloten, zie art. 24 lid 2 Richtlijn digitale inhoud.
4. Zie art. 24 lid 2 Richtlijn digitale inhoud en art. 24 lid 2 Richtlijn verkoop goederen.
5. M.B.M. Loos, 'Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande', *TvC* 2019, afl. 3, p. 106-116. Naar dit artikel wordt hierna verwezen als: Loos 2019a.
6. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *PbEU* 2016, L 119/1.
7. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 20-21. Het voorontwerp en de concept-MvT, alsmede de 20 publieke reacties, zijn te vinden via internetconsultatie.nl/verkoop_goederen_levering_digitale_inhoud (bezoekt op 15 juni 2021).
8. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 1 (Koninklijke Boodschap), 2 (wetsvoorstel) en 3 (MvT).

ten- en mededingingsrecht).⁹ Ook wordt uitgebreid ingegaan op de gezamenlijke reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland.¹⁰ Helaas heeft de regering ervoor gekozen om niet expliciet in te gaan op de reacties op de internetconsultatie. De door mij ingediende reactie op het voorontwerp is daarom in dit artikel verwerkt.

Wanneer het voorontwerp wordt vergeleken met het uiteindelijke wetsvoorstel, valt op dat beide voorstellen nagenoeg geheel met elkaar overeenstemmen. Geen enkele in het voorontwerp gemaakte keuze blijkt te zijn heroverwogen; er lijkt slechts een redactionele slag te zijn gemaakt. Dat is op zich natuurlijk verdedigbaar, maar het roept vragen op waarom er tussen het sluiten van de internetconsultatie (31 januari 2020) en het indienen van het wetsvoorstel meer dan een jaar moest verstrijken – de resterende tijd is immers zo kort dat een serieuze parlementaire behandeling niet meer mogelijk is. Dat blijkt ook uit de gang van zaken nadien. Het Verslag van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid, niet meer dan 10 pagina's lang, is op 21 mei 2021 vastgesteld. De vaste commissie heeft daarbij aangegeven dat bij voldoende beantwoording van de gestelde vragen en gemaakte opmerkingen de openbare behandeling van het voorstel van wet genoegzaam zal zijn voorbereid.¹¹ Het hele wetgevingstraject geeft blijk van weinig aandacht voor de omzetting van de richtlijn.

Dat is misschien begrijpelijk gelet op de aandacht die de coronapandemie van de wetgever vraagt, maar bij deze implementatiewet lijkt wel heel erg sprake te zijn geweest van een haastklus. Zelfs een evidente fout in het voorontwerp is niet gecorrigeerd in het concept-wetsvoorstel, niet geconstateerd door de Raad van State, en ook niet door de vaste commissie opgemerkt: in artikel 7:50ap lid 2 BW [ontwerp] wordt niet alleen de toepassing van artikel 6:89 BW maar ook de toepassing van artikel 7:23 lid 1 BW uitgesloten. Dat artikel 7:23 BW niet van toepassing is bij overeenkomsten tot levering van digitale inhoud en digitale diensten, volgt echter niet alleen uit het feit dat dergelijke overeenkomsten in een andere titel van Boek 7 BW zijn geregeld, maar ook uit het feit dat in artikel 7:5a lid 2 BW [ontwerp] nog eens uitdrukkelijk wordt bepaald dat de regeling van de kooptitel niet van toepassing is op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud of digitale diensten. Gelukkig kunnen er door deze fout geen juridische problemen ontstaan, maar fraai is het natuurlijk niet.

De wetgever heeft ervoor gekozen om beide richtlijnen op te nemen in het Burgerlijk Wetboek. Deze aanpak is in overeenstemming met *Aanwijzingen voor de regelgeving* (hierna *Aanwijzingen* genoemd, of *Aanwijzing* in het geval een specifieke aanwijzing is bedoeld).¹² Formeel zijn deze *Aanwijzingen* voor de regelgeving geen bindend instrument, maar ministers, staatssecretarissen en hun

medewerkers op de ministeries zijn niettemin verplicht ze op te volgen of uit te leggen wanneer en waarom zij ervan afwijken. Aanwijzing 9.7 verplicht de regering richtlijnen zoveel mogelijk in bestaande wetgeving op te nemen om vertraging bij de omzetting van een richtlijn te voorkomen. Aangezien de Richtlijn verkoop goederen grotendeels een modernisering is van de Richtlijn consumentenkoop¹³ en ook die richtlijn al in titel 7.1 BW was geïmplementeerd, ligt de keuze voor implementatie van deze richtlijn door wijziging van titel 7.1 BW natuurlijk voor de hand. De werkingssfeer van deze richtlijn is – ook al zegt de richtlijn dat niet met zoveel woorden – beperkt tot overeenkomsten waarbij de consument zich verbindt een prijs in geld te betalen. Daarmee vallen niet alleen schenkingsovereenkomsten buiten de werkingssfeer van de richtlijn, maar ook ruilovereenkomsten. Bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 is echter al besloten ruilovereenkomsten op te nemen in titel 7.1 BW, en te bepalen dat de bepalingen over koopovereenkomsten van overeenkomstige toepassing zijn, met dien verstande dat partijen voor wat betreft de door hen ontvangen prestatie als koper en voor wat betreft de door hen geleverde prestatie als verkoper worden aangemerkt (art. 7:50 BW). Het gelaagde systeem van het Burgerlijk Wetboek brengt mee dat voor zover een consument en een professionele partij betrokken zijn bij een ruilovereenkomst, de dwingende regels van het consumentenkooprecht ook van toepassing zullen zijn ten aanzien van de aan de consument te leveren goederen. Naar mijn mening is dit de juiste oplossing, aangezien er geen geldige redenen zijn waarom voor overeenkomsten waarbij een consument een bedrag in geld betaalt andere regels zouden moeten gelden dan voor overeenkomsten waarbij de koper 'betaalt' door levering van andere goederen. Dit geldt des te meer nu er in de praktijk vaak sprake is van mengvormen van koop- en ruilovereenkomsten. Veel consumenten kopen bijvoorbeeld een nieuwe of tweedehands auto en verbinden zich ertoe hun oude auto in ruil te geven aan de handelaar en een meerprijs in geld te betalen. De keuze van de Nederlandse wetgever maakt de toepassing van het consumentenkooprecht op dergelijke hybride vormen aanzienlijk eenvoudiger dan anders het geval zou zijn geweest. Om dezelfde reden acht ik het passend dat de wetswijzigingen die met de omzetting van de Richtlijn verkoop goederen zullen worden ingevoerd, ook van toepassing zullen zijn op deze gemengde 'consumentenkoop/ruilovereenkomsten'.

Daarvan uitgaande zou het geen grote stap zijn geweest om de kooptitel ook van overeenkomstige toepassing te verklaren op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud en overeenkomsten tot levering van digitale diensten, en alleen daar af te wijken waar de Richtlijn di-

9. De adviezen van de ATR en AP en de Uitvoerings- en handhavingstoets van de ACM zijn als bijlage bij de MvT gepubliceerd.

10. Deze reactie is (in een gecorrigeerde versie) gepubliceerd als bijlage bij een apart Kamerstuk: *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, nr. 5.

11. *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, nr. 6.

12. De eerste versie van de *Aanwijzingen* dateert van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230. De laatste wijziging heeft plaatsgevonden bij Regeling van de minister-president van 22 december 2017, nr. 3215945, houdende vaststelling van de tiende wijziging van de *Aanwijzingen* voor de regelgeving (*Stcrt.* 2017, 69426).

13. 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.

gitale inhoud afwijkende bepalingen bevat.¹⁴ De huidige regeling in artikel 7:5 lid 5 BW voor digitale inhoud die niet op een duurzame drager wordt geleverd, maar waar de consument wel de fysieke macht over krijgt, zoals bij een download, laat ook zien dat een dergelijke benadering prima kan werken. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel stelt de regering echter dat dit geen haalbare oplossing zou zijn, omdat de Richtlijn digitale inhoud ook van toepassing is op digitale diensten, en omdat diensten geen ‘zaken’ zijn in de zin van artikel 7:1 BW, zou het onwerkbaar zijn om de implementatie van de Richtlijn digitale inhoud in te passen in titel 7.1 BW.¹⁵ Dit is uiteraard een cirkelredenering. Desalniettemin was dit, in combinatie met het feit dat de Richtlijn digitale inhoud ook van toepassing is op overeenkomsten waarbij de consument zich slechts verplicht tot het verstrekken van persoonsgegevens en niet tot betaling in geld, voor de regering reden genoeg om de bepalingen van deze richtlijn niet in de kooptitel op te nemen.¹⁶ In plaats daarvan heeft de regering ervoor gekozen de Richtlijn digitale inhoud om te zetten door de nieuwe artikelen 7:50aa-50ap BW op te nemen in een nieuwe titel 7.1AA BW. Deze titel wordt geplaatst vóór titel 7.1A (art. 7:50a-50i BW), die de bepalingen bevat ter omzetting van de Richtlijn timeshare uit 2008.¹⁷ Hoewel ik de invoering van deze bepalingen direct na titel 7.1 BW op zich terecht acht, gelet op de nauwe verwevenheid tussen de regels voor consumentenkoopovereenkomsten en die voor overeenkomsten inzake digitale inhoud, is de nummering uiterst ongelukkig: zowel de nummering van de titel als die van de artikelen zou suggereren dat de regels die van toepassing zijn op digitale inhoud en digitale diensten volgen op (in plaats van voorafgaan aan) de bepalingen inzake timeshare, waardoor het voor de ‘gemiddelde consument’ nog moeilijker wordt om de regels te vinden die van toepassing zijn op de overeenkomst inzake digitale inhoud die zij heeft gesloten – laat staan voor de gewone consument die haar rechtspositie zou moeten achterhalen. Daarom heb ik in mijn reactie op het consultatieontwerp voorgesteld om de huidige titel 7.1A BW te hernoemen tot titel 7.1B BW, en de nieuwe bepalingen voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten onder te brengen in een nieuwe titel 7.1A BW. Met be-

trekking tot de nummering van de artikelen heb ik voorgesteld om de artikelen 7:49 (waarin de definitie van de ruilovereenkomst is opgenomen) en 7:50 BW (waarin de analoge toepassing van het kooprecht is geregeld) te vernummeren tot artikel 7:48a en 7:48b BW, omdat de oude inhoud van die bepalingen na de omzetting van de Richtlijn timeshare is komen te vervallen, en omdat de vernummering voor de rechtspraak geen problemen zou opleveren: een zoekactie op rechtspraak.nl met de zoektermen ‘7:49 BW’ en ‘7:50 BW’ leverde voor de gehele periode sinds het jaar 2000 tezamen slechts 10 treffers op.¹⁸ De bepalingen ter omzetting van de Richtlijn digitale inhoud zouden dan in de nieuwe artikelen 7:49-49o BW kunnen worden ondergebracht. Mijns inziens kunnen op deze wijze veel onjuiste juridische aanduidingen worden voorkomen. Bovendien biedt dit de mogelijkheid om toekomstige aanvullingen eenvoudiger in deze nieuwe titel in te passen. Dat dergelijke aanvullingen nodig zullen blijken, ligt voor de hand gezien de snelle technologische en juridische ontwikkelingen ten aanzien van digitale inhoud en digitale diensten. Zo is het denkbaar dat de onderhandelingen over de nieuwe *Digital Services Act*¹⁹ leidt tot de vaststelling van inhoudelijke regels over de contractuele relatie tussen consumenten en platforms.²⁰ Deze zouden dan gewoon in de voorbehouden artikelen kunnen worden opgenomen. In het wetsvoorstel heeft de regering deze suggestie helaas naast zich neergelegd.

3. Niveau van harmonisatie en toepassingsgebied

3.1. Ruimte voor het algemene contractenrecht?

De beide richtlijnen gaan uit van volledige harmonisatie van de daarin geregelde onderwerpen.²¹ Artikel 3 lid 6 Richtlijn verkoop goederen en artikel 3 lid 10 Richtlijn digitale inhoud bepalen echter dat geen van beide richtlijnen afbreuk doet aan algemene aspecten van het contractenrecht ‘voor zover zij (die aspecten, MBML) niet in deze richtlijn worden geregeld’. In een ander artikel heb ik uiteengezet dat deze bepalingen niet zonder problemen zijn, omdat niet duidelijk is of het voorbehoud uitsluitend betrekking heeft op algemene contractenrechtelijke bepalingen over de gevolgen van ontbinding, of (ook) op

14. Het is mogelijk dat het Ministerie van Justitie en Veiligheid dat aanvankelijk ook van plan was en dat het eerder genoemde art. 7:50ap lid 2 BW [ontwerp] het ongelukkige restant van dat voornemen is.

15. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 6.

16. *Idem*.

17. Richtlijn 2008/122/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 januari 2009 betreffende de bescherming van de consumenten met betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling, *PbEU* 2009, L 33/10.

18. Gezocht op 31 maart 2021; op die datum leverde een zoekopdracht met de term ‘ruilovereenkomst’, zonder verwijzing naar een wetsbepaling uit het BW maar binnen het domein ‘civiel recht’, 113 hits op. Dit suggereert dat rechters weliswaar soms uitspraken doen over ruilovereenkomsten, maar het daarbij niet noodzakelijk achten om expliciet te verwijzen naar de daarop betrekking hebbende bepalingen in het BW. Het lijkt daarmee onwaarschijnlijk dat de rechtspraak van een dergelijke henummering problemen zou ondervinden.

19. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG, COM(2020) 825 def.

20. Zie in dit verband ook C. Busch & V. Mak, ‘Putting the Digital Service Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2021, afl. 3, p. 109-115. Zij wijzen in dit verband onder meer op een resolutie van het Europees Parlement van 20 oktober 2020 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende de wet inzake digitale diensten: de werking van de eengemaakte markt verbeteren (2020/2018(INL)). Deze resolutie kan worden gedownload via europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0272_NL.html (bezoekt op 16 juni 2021). Daarnaast kan worden gewezen op een resolutie van het Europees Parlement van dezelfde dag met aanbevelingen aan de Commissie betreffende de wet inzake digitale diensten: de bepalingen van het handelsrecht en het burgerlijk recht aanpassen voor commerciële entiteiten die online actief zijn. Deze resolutie kan worden gedownload via europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0272_NL.html (bezoekt op 16 juni 2021).

21. Zie art. 4 van beide richtlijnen. Dit past in een bredere tendens op het terrein van het Europees privaatrecht, zie H.N. Schelhaas, ‘Verleden, heden en toekomst van het Europees contractenrecht’, *Ars Aequi* 2021, p. 583.

leerstukken als dwaling.²² Zowel een analyse van de tekst van deze bepalingen in diverse taalversies als een analogie met de discussie over dezelfde vraag in de verhouding tussen het nationale contractenrecht en het Weens Koopverdrag brengen naar mijn oordeel mee dat de regels over dwaling *niet* kunnen worden toegepast in een geval waarin de feiten waarop die regels zouden moeten worden toegepast, óók aanleiding zouden kunnen geven voor toepassing van de regels over non-conformiteit. Spanjaard en Schaub komen, op basis van een andere redenering, in de praktijk tot dezelfde conclusie. Spanjaard stelt dat een Nederlands leerstuk als dwaling formeel weliswaar *buiten* het bereik van de richtlijn valt, maar dat dit problematisch is omdat het beoordelingskader bij dwaling hetzelfde is als bij non-conformiteit. Wanneer dan mededelings- en onderzoeksplichten bij non-conformiteit richtlijnconform moeten worden uitgelegd, geldt dat evenzeer voor mededelings- en onderzoeksplichten bij dwaling voor die gevallen waar dwaling en non-conformiteit op dezelfde feitelijke grondslag berusten. Hetzelfde zou kunnen gelden, zo vervolgt Spanjaard, ten aanzien van de eventuele schadevergoedingsvordering die na dwaling of non-conformiteit wordt opgelegd, bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad.²³ Schaub voegt daaraan toe dat als op grond van dwaling aan de consument-koper een verdergaande bescherming wordt geboden dan zij op basis van de richtlijnen zou hebben, daarmee de doelstelling van volledige harmonisatie zou worden ondergraven. Zij acht het dan ook ‘niet uitgesloten’ dat het Hof van Justitie zal oordelen dat de volledige harmonisatie niet omzeild kan worden door toepassing van algemene leerstukken op gevallen die binnen het geharmoniseerde terrein van de nieuwe richtlijnen vallen.²⁴ Het is te betreuren dat de wetgever het zelfs niet nodig heeft geacht hier in de memorie van toelichting op in te gaan.

3.2. Mogelijke uitbreidingen van het toepassingsgebied van de richtlijnen

Op een aantal gebieden heeft de Europese wetgever uitdrukkelijk aan de lidstaten de mogelijkheid geboden om eigen keuzes te maken. Dat geldt onder meer voor de vraag of de richtlijn ook van toepassing zou moeten zijn wanneer de afnemer van de zaak, de digitale inhoud of de digitale dienst geen ‘consument’ is in de strikte betekenis van dat begrip in de desbetreffende richtlijn. Het begrip wordt in artikel 2 lid 6 Richtlijn digitale inhoud en artikel 2 lid 2 Richtlijn verkoop goederen gedefinieerd als ‘iedere natuurlijke persoon die, wat de onder deze richtlijn vallende overeenkomsten betreft, handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts-

of beroepsactiviteit vallen’. De definities in artikel 7:5 lid 1 BW en artikel 7:50aa onder e BW [ontwerp] gaan van hetzelfde beperkte begrip uit.

Deze definitie levert vooral problemen op bij overeenkomsten met een gemengd doel. Stel bijvoorbeeld dat ik antivirussoftware wil kopen voor de desktopcomputer waarop ik dit artikel schrijf. Deze computer, en dus ook de antivirussoftware, gebruik ik daarmee voor beroepsdoeleinden. Ik heb de computer en de antivirussoftware echter zelf gekocht en betaald, en gebruik die naast de laptop die mijn werkgever mij ter beschikking heeft gesteld. Op de computer heb ik ook muziekbestanden, foto’s en andere digitale inhoud opgeslagen, en de antivirussoftware is ook bedoeld om dergelijke bestanden te beschermen tegen besmetting door een computervirus. Handel ik bij de aanschaf van de antivirussoftware nu voor doeleinden buiten mijn beroep of niet? Volgens overweging 17) van de preambule bij de Richtlijn inhoud en overweging (22) van de preambule bij de Richtlijn verkoop goederen staat het de lidstaten vrij de door de richtlijn geboden bescherming uit te breiden tot natuurlijke personen die de overeenkomst deels voor beroepsmatige activiteiten sluiten maar waarbij het commerciële aspect dusdanig beperkt is dat dit niet overheersend is ‘binnen de globale context van de overeenkomst’. Dat zou meebrengen dat ik bij de aanschaf van de antivirussoftware, net als bij de koop van de desktopcomputer, als consument zou handelen. Naar mijn mening zou dat terecht zijn: bij de aankoop van de antivirussoftware en de computer verschilt mijn onderhandelingspositie op geen enkele wijze van die van een andere natuurlijke persoon die antivirussoftware of een computer koopt – en eerlijk gezegd zal het de verkoper van de computer of de leverancier van de antivirussoftware in beginsel ook een zorg zijn met welk specifiek doel ik de computer en de software koop, zolang ik de koopprijs maar betaal. Naar mijn mening zou een natuurlijke persoon steeds als consument moeten worden beschouwd, tenzij er duidelijke aanwijzingen zijn dat deze persoon hoofdzakelijk voor beroepsdoeleinden heeft gehandeld.²⁵ Een dergelijke extensieve uitleg van het begrip ‘consument’ zou aansluiten bij de heersende leer in Duitsland²⁶ en België²⁷ en wordt in Nederland ook voorgestaan door Schaub.²⁸ Helaas blijkt uit de tekst van artikel 7:5 lid 1 BW en artikel 7:50aa onder e BW [ontwerp] niet of ik de door titel 7.1 of 7.1AA BW beoogde bescherming zou krijgen, en ook de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel zwijgt hierover. Mijns inziens kom ik in deze situatie wel in aanmerking voor de bescherming van de beide regelingen. Maar ook al zou geen sprake zou zijn van een consu-

22. Zie M.B.M. Loos, ‘Dwaling bij consumentenkoop en digitale inhoud’, *WPNR* 2021, afl. 7334, p. 567-569.

23. J.H.M. Spanjaard, ‘Herziening consumentenrechten: verkenning van Richtlijn 2019/771’, *Contracteren* 2019, afl. 3, p. 117-118.

24. M.Y. Schaub, ‘Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud’, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2019, afl. 9/10, p. 244.

25. Zie uitgebreid M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018, nr. 26-27b en M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Monografieën BW, deel B65b), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 23-24. Naar het tweede boek wordt hierna verwezen als: Loos 2019b.

26. Vgl. BGH 30 september 2009, zaaknummer VIII ZR 7/09, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, p. 3780.

27. Vgl. I. Samoy, ‘Het toepassingsgebied van de verschillende koopregelingen in kaart gebracht (gemeenrechtelijke koop, consumentenkoop en internationale koop), met bijzondere aandacht voor gemengd gebruik en gemengde overeenkomsten’, *Revue générale de droit civil belge/Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht* 2009, p. 75-76. Zie ook Hof van Beroep Antwerpen 30 juni 2009, *Nieuw juridisch Weekblad* 2010, p. 504, m.nt. R. Steennot; Hof van Beroep Gent 19 oktober 2012, *Nieuw juridisch Weekblad* 2014, p. 32, m.nt. R. Steennot.

28. M.Y. Schaub, ‘Wie is consument?’, *TvC* 2017, afl. 1, p. 37.

mentenovereenkomst in de zin van deze bepalingen, dan nog ligt het voor de hand om in dit type gevallen reflexwerking toe te kennen aan deze bepalingen, al dan niet over de boeg van artikel 6:248 BW.²⁹

De memorie van toelichting zwijgt ook over een andere mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van de bepalingen ter omzetting van de beide richtlijnen: er wordt niets gezegd over de mogelijkheid om deze bepalingen toe te passen op non-profit organisaties, startende ondernemingen of kleine en middelgrote ondernemingen, zoals in overweging (16) van de preambule bij de Richtlijn digitale inhoud en overweging (21) van de preambule bij de Richtlijn verkoop goederen wordt gesuggereerd. Ook hier is reflexwerking uiteraard mogelijk, al ligt dat minder voor de hand dan bij de in de vorige alinea bedoelde situatie: het gaat hier immers per definitie om partijen die (uitsluitend) in de uitoefening van hun beroep of bedrijf handelen.³⁰

Overweging 25 van de preambule van de Richtlijn digitale inhoud biedt de lidstaten de mogelijkheid om de werkingssfeer van de bepalingen ter omzetting van de richtlijn uit te breiden tot overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud of digitale diensten waarbij de handelaar uitsluitend persoonsgegevens verzamelt om de overeenkomst uit te voeren, of met als enig doel om aan wettelijke voorschriften te voldoen. Nederland heeft geen gebruikgemaakt van die mogelijkheid. Evenmin heeft de wetgever de werkingssfeer van de implementatiewet uitgebreid tot situaties waarin de handelaar alleen metagegevens verzamelt, of tot situaties waarin de consument wordt blootgesteld aan advertenties om toegang te krijgen tot digitale inhoud of een digitale dienst zonder dat zij een overeenkomst met de handelaar heeft gesloten.

Dat is in lijn met het vaste beleid bij de implementatie van Europese richtlijnen. Aanwijzing 9.4 brengt mee dat geen gebruik wordt gemaakt van opties om een onderwerp anders te regelen dan in de richtlijn wordt voorzien of om te voorzien in aanvullende regels. Hiermee wordt voorkomen dat de implementatie wordt vertraagd omdat bij gebruikmaking van een optie de gehele implementatiewet voorwerp van een referendum kan worden.³¹

3.3. Tweedehands zaken

De Richtlijn verkoop goederen biedt de lidstaten ook mogelijkheden om bepaalde koopovereenkomsten uit te sluiten van het toepassingsgebied van de implementatiewet. Dat geldt in de eerste plaats voor de koop van tweedehands zaken die op openbare veilingen worden verkocht.³² Een soortgelijke optie bestond ook al onder de oude Richtlijn consumentenkoop,³³ maar is destijds niet door de wetgever gebruikt. De wetgever heeft geen aanleiding gezien om deze keuze thans te heroverwegen.³⁴ Ook is geen gebruik gemaakt van de afzonderlijke optie om bij de koop van tweedehands zaken aan partijen de mogelijkheid te bieden om een kortere aansprakelijkheids- of verjaringstermijn af te spreken.³⁵ Ook die optie was al in de Richtlijn consumentenkoop opgenomen,³⁶ en ook op dit punt ziet de regering geen reden om de eerdere keuze om geen gebruik te maken van de optie, te heroverwegen.³⁷ Hoewel duurzaamheid geen rol lijkt te hebben gespeeld bij de keuzes van de wetgever³⁸ lijken beide keuzes mij juist vanuit dat gezichtspunt goed te rechtvaardigen: als we in het kader van duurzaamheid willen stimuleren dat zaken zo lang mogelijk worden gebruikt voordat zij definitief naar de vuilnisstort worden gebracht,³⁹ dan lijkt het onvoldoende om er 'alleen maar' voor te zorgen dat zaken hergebruikt kunnen worden. Een bijkomende voorwaarde zal zijn dat consumenten het vertrouwen hebben dat al eerder gebruikte goederen, al dan niet na te zijn opgeknapt (bijv. gerefurbished), voldoen aan de redelijke verwachtingen die de consument van zo'n tweedehands zaak mag hebben. Wanneer de professionele verkoper die verwachtingen (die mogelijk wat lager zijn dan wat een consument van nieuwe zaken zou mogen verwachten) niet kan waarmaken, dient de consument mijns inziens dezelfde rechten te hebben als zij zou hebben gehad ten aanzien van non-conforme nieuwe zaken. Wel kan het zijn dat de consument geen gebruik kan maken van het recht op vervanging, bijvoorbeeld omdat geen andere tweedehands zaak beschikbaar is die wel aan de overeenkomst beantwoordt: de consument heeft in geval van non-conformiteit van de tweedehands zaak immers geen recht op levering van een *nieuwe* zaak.

29. Zie ook Loos 2019b, p. 13; Loos 2018, nr. 21.

30. Vgl. Loos 2018, nr. 400-413.

31. Zie de officiële toelichting bij Aanwijzing 9.4; zie ook de tekst van Aanwijzing 4.18.

32. Zie art. 3 lid 5 onder a Richtlijn verkoop goederen.

33. Zie art. 1 lid 3 Richtlijn consumentenkoop.

34. *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 9.*

35. Zie art. 10 lid 6 Richtlijn verkoop goederen.

36. Zie art. 7 lid 1 Richtlijn consumentenkoop.

37. Zie *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 62-63*, waar dit wordt vermeld in de transponeringstabel.

38. In haar reactie op de internetconsultatie had Pavillon onder meer opgemerkt dat de regering weinig aandacht heeft besteed aan de manier waarop de regelgeving ter omzetting van deze richtlijnen, met inachtneming van het vereiste niveau van consumentenbescherming, reeds door het Nederlandse kabinet gestelde duurzaamheidsdoelstellingen zou kunnen dienen. Zij wijst er in dit verband terecht op dat duurzaamheid weliswaar geen doelstelling van de richtlijnen is, maar dat de impact op en potentiële bijdrage aan de overgang van een lineaire naar een circulaire economie onmiskenbaar groot is, zoals ook in overweging 32 van de preambule bij de Richtlijn verkoop van goederen wordt erkend. De regering merkte hierover in de memorie van toelichting slechts op dat de 'implementatiewet (...) zich er niet voor [leent] om uitgebreid op het aspect duurzaamheid in zijn algemeenheid in te gaan', zie *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 24*. De regering heeft het echter ook niet nodig gevonden om daar *in het bijzonder* op in te gaan wanneer een te maken keuze daarom vroeg. Dat is zonder meer een gemiste kans.

39. Vgl. bijv. Europese Commissie, *Een nieuwe actieplan voor een circulaire economie. Voor een schoner en concurrerender Europa*, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, COM(2020)98 def., p. 3.

3.4. Dieren

Over de tweede optie bestaat meer discussie. Volgens artikel 3 lid 5 onder b Richtlijn verkoop goederen mogen lidstaten de toepassing van de richtlijn uitsluiten voor de koop van dieren. Deze optie bestond niet onder de Richtlijn consumentenkoop, hetgeen meebracht dat pleidooien om het bewijsvermoeden van (nu nog) artikel 7:18 lid 2 BW niet van toepassing te laten zijn op de koop van dieren,⁴⁰ destijds kansloos waren. Naar geldend recht valt de koop van dieren dan ook ‘gewoon’ onder de regeling van de consumentenkoop. Wel geldt dat zo nodig gebruik kan worden gemaakt van de uitzonderingen op dat bewijsvermoeden indien de aard van de zaak of de aard van de afwijking zich tegen toepassing van het bewijsvermoeden verzet. In veel gevallen zal meteen duidelijk zijn dat het bewijsvermoeden niet behoort te worden toegepast. Zo staat de aard van het dier in de weg aan toepassing van het bewijsvermoeden wanneer de gemiddelde levensverwachting van een diersoort slechts enkele maanden is en die termijn is verstreken: de consument mocht dan immers niet verwachten dat het dier ouder zou worden. Zo worden bij guppy’s mannetjes gemiddeld 3-4 maanden oud.⁴¹ Het enkele feit dat een mannelijke guppy na vijf maanden blijkt te zijn overleden, rechtvaardigt dan niet het vermoeden dat de guppy al bij aflevering een verborgen gebrek had. Een gebroken nek bij een cavia zal duiden op een val van het dier na de aflevering,⁴² zodat daar de aard van de afwijking in de weg staat aan toepassing van het bewijsvermoeden. Volgens de regering leidt de in de richtlijn voorziene verlenging van de omkering van de bewijslast (van zes naar twaalf maanden) niet tot substantieel grotere lasten voor de huisdierenbranche, omdat de meest voorkomende problemen bij veel verkochte huisdieren zich niet vaak in de periode van zes tot twaalf maanden na aflevering manifesteren. De regering maakt daarom geen gebruik van de mogelijkheid in de richtlijn.⁴³ De uitzondering voor dieren zou bovendien meebrengen dat er minder bescherming voor consumenten zou bestaan dan thans het geval is. Daar komt bij dat een strenge aansprakelijkheidsregeling eraan kan bijdragen dat professionele fokkers meer voorzorgsmaatregelen zullen nemen om ziekten en gebreken bij dieren te voorkomen, zodat ook het dierenwelzijn pleit tegen gebruikmaking van de optie.⁴⁴ Het niet overnemen van de optie is daarnaast in lijn met Aanwijzing 9.4.

Dat betekent overigens niet dat toepassing van het bewijsvermoeden nooit tot onrechtvaardige uitkomsten in concrete situaties kan leiden. Een sprekend voorbeeld is de ten tijde van de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop door brancheorganisatie Divebo aangereikte casus waarin een halsbandparkiet sterft nadat deze een sopje heeft binnengekregen:⁴⁵ in dat geval zal de ware toedracht veelal slechts kunnen worden achterhaald door het doen verrichten van diergeneeskundig onderzoek (sectie). Dat onderzoek zal vaak achterwege blijven in verband met de daaraan verbonden kosten. Wanneer het bewijsvermoeden *niet* van toepassing zou zijn, zal de consument moeten bewijzen dat het gebrek nog niet bestond op het moment van aflevering. Ook voor haar zal dan gelden dat het bewijs in dit type gevallen alleen kan worden geleverd door het laten verrichten van sectie, en ook voor haar geldt dat dergelijk onderzoek veelal achterwege zal blijven vanwege de kosten. Het gaat hier, anders gezegd, om een (rechtspolitieke) vraag van verdeling van het bewijsrisico over partijen: de partij die de bewijslast draagt, zal de zaak verliezen vanwege de kosten van het onderzoek. Er is naar mijn mening geen reden om de koop van dieren op dit punt anders te behandelen dan de koop van (andere) zaken.

Het feit dat, anders dan bij de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop, thans wel een mogelijkheid bestaat om dieren uit te zonderen van het toepassingsgebied van de richtlijn, heeft er (uiteraard)⁴⁶ voor gezorgd dat de dierenbranche een lobby voert om te bewerkstelligen dat Nederland toch gebruikmaakt van de optie, vooral met het oog op de koop van paarden.⁴⁷ Detailhandel Nederland⁴⁸ stelde in zijn reactie op het consultatievoorstel, voor het geval dat die lobby geen succes heeft, als compromis voor om voor dieren de huidige termijn voor het bewijsvermoeden te handhaven. In de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid tonen de fracties van de VVD en het CDA zich gevoelig voor de lobby: zij vragen zich af of Nederland niet toch gebruik zou moeten maken van de optie. De fractie van D66 is juist ingenomen met het voorstel van de regering om daar geen gebruik van te maken.⁴⁹ Het CDA oppert daarnaast, in aansluiting bij het compromisvoorstel van Detailhandel Nederland, of niet toch de termijn van zes maanden moet

40. *Kamerstukken I* 2002/03, 27809, nr. 32, p. 2.

41. Zie nl.wikipedia.org/wiki/Guppy (bezocht op 15 juni 2021).

42. Het voorbeeld is ontleend aan *Kamerstukken I* 2002/03, 27809, nr. 32, p. 2.

43. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 9.

44. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 24. Deze opmerking in de MvT stemt op dit punt vrijwel letterlijk overeen met mijn reactie op de internetconsultatie (p. 7).

45. Zie *Kamerstukken I* 2002/03, 27809, nr. 32, p. 2.

46. Ik voorspelde dit al in Loos 2019a, p. 107.

47. Zie bijv. de nieuwsberichten van LTO Nederland van 30 oktober 2020, ‘Paardenhandel verdient betere bescherming in consumentenkoop’, toegankelijk via lto.nl/paardenhandel-verdient-betere-bescherming-in-consumentenkoop (bezocht op 15 juni 2021) en van FNRS van 28 december 2020, ‘FNRS probeert verlenging garantietermijn bij verkoop paarden tegen te houden’, toegankelijk via horses.nl/organisaties/fnrs/fnrs-probeert-verlenging-garantietermijn-bij-verkoop-paarden-tegen-te-houden (bezocht op 15 juni 2021). Het bedrijfsleven heeft dit standpunt ook ingenomen bij de reacties op de internetconsultatie, zie bijv. de reactie van Detailhandel Nederland, p. 1 en 4, en de gezamenlijke reactie van MKB-Nederland en VNO-NCW, p. 1-2. Deze laatste reactie is ook gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 5.

48. Anders dan in de MvT (*Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 23) wordt gesteld, is de suggestie niet opgenomen in de reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland, maar in die van Detailhandel Nederland.

49. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 6, p. 5-6 en 9-10 (op het moment van het schrijven van deze bijdrage was het Kamerstuk alleen in niet-opgemaakte vorm beschikbaar).

worden gehandhaafd bij de koop van dieren.⁵⁰ De SP en de PvdA, de enige andere fracties die zich tijdens de bespreking van het wetsvoorstel in de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid over het wetsvoorstel hebben uitgelaten, hebben zich op dit punt niet uitgesproken.

De regering had in de memorie van toelichting al gesteld dat de suggestie om voor dieren de huidige termijn van zes maanden te handhaven, volgens haar niet kan worden opgevolgd omdat de richtlijn deze optie niet biedt.⁵¹ Op dat standpunt is wel wat af te dingen. De richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid om de gehele richtlijn niet toe te passen op de consumentenkoop van dieren. Wanneer een lidstaat van die mogelijkheid gebruikmaakt, behoort de koop van dieren voor die lidstaat niet tot het geharmoniseerde terrein, net zoals dat sowieso geldt voor de executoriale verkoop van zaken aan consumenten, die op grond van artikel 3 lid 4 onder b Richtlijn verkoop goederen niet onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt. Dat betekent dat die lidstaat vrij is te bepalen welke regels van toepassing zijn op dergelijke koopovereenkomsten. De nationale wetgever kan er dan voor kiezen om de regeling van de consumentenkoop van overeenkomstige toepassing te verklaren op de koop van dieren met de aanpassingen die die lidstaat gewenst acht – zoals een kortere of langere omkering van de bewijslast, een andere termijn voor de aansprakelijkheid of een andere regeling van de klachtplicht. De wetgever zou dan gebruikmaken van dezelfde wetgevingstechniek als waarop naar huidig recht in artikel 7:5 lid 5 BW de regels van de consumentenkoop (grotendeels) van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op de levering van energie en op de levering van digitale inhoud die niet op een duurzame drager worden geleverd, maar die wel geïndividualiseerd is en waar de consument feitelijke macht over kan uitoefenen. De richtlijn staat dus ten aanzien van de koop van dieren niet in de weg aan de mogelijkheid om de huidige regeling (al dan niet gedeeltelijk) te handhaven. Of die mogelijkheid moet worden gebruikt is, zoals ik al opmerkte, uiteindelijk een rechtspolitieke beslissing. Met het eindresultaat stem ik echter graag in: de argumenten die pleitten voor een andere behandeling voor de koop van dieren, acht ik niet steekhoudend.

4. Andere opties

4.1. Rechtsgebreken

Op diverse punten bevatten de beide richtlijnen ook inhoudelijke keuzemogelijkheden. Ook hier is, overeenkomstig Aanwijzing 9.4, het uitgangspunt dat geen gebruik wordt gemaakt van opties om een onderwerp anders te regelen dan in de richtlijn wordt voorzien of om te voorzien in aanvullende regels. Om deze reden heeft Nederland geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die artikel 9 Richtlijn verkoop goederen en artikel 10 Richtlijn digitale inhoud bieden om wanneer de consument geen gebruik kan maken van de zaak, digitale inhoud of digitale dienst als gevolg van het feit dat inbreuk

is gemaakt op de rechten van derden, direct te kiezen voor ontbinding of vernietiging van de overeenkomst. In plaats daarvan wordt, conform de hoofdregel in deze artikelen, gekozen voor toepassing van de remedies bij non-conformiteit. Daartoe wordt artikel 7:20 BW voorzien van een tweede lid en wordt dezelfde mogelijkheid geopend in het nieuwe artikel 7:50af lid 2 BW [ontwerp].

4.2. Conformiteitsperiode

Waar het gebruik van een optie impliceert dat bestaande wetgeving juist niet hoeft te worden gewijzigd, voorziet Aanwijzing 9.7 erin dat wél gebruik wordt gemaakt van die mogelijkheid. Zowel Aanwijzing 9.4 als Aanwijzing 9.7 spelen daarom een rol bij de keuze van de wetgever ten aanzien van de opties die in de artikelen 10 leden 1-5 Richtlijn verkoop goederen en 11 leden 2-3 Richtlijn digitale inhoud worden geboden.

Op grond van het huidige artikel 7:17 BW, dat op alle koopovereenkomsten van toepassing is, is de verkoper aansprakelijk voor elk gebrek aan overeenstemming dat bestond of is ontstaan op het tijdstip van levering, ongeacht de tijd die sinds de levering is verstreken. De basisgedachte is dat zolang de koper redelijkerwijs mocht verwachten dat de zaken naar behoren zouden functioneren, de verkoper aansprakelijk is indien de zaken niet aan die verwachtingen voldoen. De regering merkt in dit verband terecht op dat de verwachte levensduur van het product als uitgangspunt geldt en dat deze afhangt van de specifieke omstandigheden.⁵² In de praktijk betekent dit dat de termijn voor aansprakelijkheid aanzienlijk langer kan zijn dan twee jaar na levering bij verborgen gebreken in duurzame consumptiegoederen.⁵³

De Richtlijn verkoop goederen bepaalt dat de verkoper slechts aansprakelijk is gedurende een periode van twee jaar na de levering. Het staat de lidstaten echter vrij een langere aansprakelijkheidstermijn in te voeren of te handhaven en/of te kiezen voor een verjaringstermijn, die in dat geval echter niet korter mag zijn dan twee jaar. In lijn met Aanwijzing 9.7 heeft de regering ervoor gekozen om weliswaar vast te houden aan de meer consumentvriendelijke benadering van het geldende Nederlandse recht,⁵⁴ maar om de formulering van de artikelen 6-8 van de richtlijn op te nemen in het opnieuw geformuleerde artikel 7:18 en het nieuwe artikel 7:18a BW [ontwerp]. Om de levering van digitale inhoud en digitale diensten hierbij te laten aansluiten, is in artikel 7:50ag lid 2 BW [ontwerp] gekozen voor dezelfde consumentvriendelijke benadering.⁵⁵ Ook dit is in lijn met Aanwijzing 9.7, omdat het huidige artikel 7:5 lid 5 BW meebrengt dat de consumentvriendelijke benadering in het kooprecht ook nu al geldt voor veel overeenkomsten waarmee digitale inhoud wordt geleverd. Het kopiëren van de aanpak voor consumentenkoopovereenkomsten voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud en digitale diensten betekent dus dat het aantal inhoudelijke wetswijzigingen zoveel

50. *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 6, p. 9.*

51. *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 23.*

52. *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 6.*

53. Vgl. Loos 2019b, p. 69.

54. Zie *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 62-63*, waar dit wordt vermeld in de transponeringstabel.

55. Zie *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 9.*

mogelijk wordt beperkt als de Richtlijn digitale inhoud toelaat. Ten overvloede stelt de regering nog dat deze benadering ook het beste past bij de huidige regels voor de btw bij de verkoop van goederen.⁵⁶

De keuze van de wetgever lijkt mij goed te verdedigen, te meer omdat de ruimere aansprakelijkheidsduur in het Nederlandse recht niet beperkt is tot consumentenkoopovereenkomsten: zij geldt ook wanneer de koper een professionele koper is (B2B-overeenkomst), wanneer zowel de verkoper als de koper particulieren zijn (C2C-overeenkomst) of wanneer het gaat om de koop van onroerende zaken. Invoering van de beperking van de aansprakelijkheid van de verkoper tot twee jaar zou betekenen dat de consument-koper slechter af zou zijn dan de professionele koper. Ten tijde van de totstandkoming van de Richtlijn consumentenkoop stelden daarom óók de ondernemersleden van de Commissie van Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad al dat de in richtlijn opgenomen beperking van de aansprakelijkheid tot twee jaar na aflevering onvoldoende rekening hield met de normale levensduur van de zaak.⁵⁷

4.3. Klachtplicht

De consumentvriendelijke regel ten aanzien van verborgen gebreken wordt afgezwakt door het feit dat zodra een gebrek is ontdekt (of, bij een niet-consumentenkoop, ontdekt had moeten worden), op de koper de plicht rust om de non-conformiteit overeenkomstig artikel 7:23 lid 1 BW aan de verkoper te melden, en door het feit dat volgens artikel 7:23 lid 2 BW elk rechtsmiddel wegens non-conformiteit verjaart nadat twee jaar zijn verstreken sinds het gebrek aan overeenstemming aan de verkoper is gemeld. Ook deze verkopersvriendelijke regels zijn gehandhaafd.⁵⁸ Op dit punt is dus wel gebruikgemaakt van de door artikel 12 Richtlijn verkoop goederen geboden optie, zoals Nederland al bij de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop gebruik had gemaakt van de daarin opgenomen overeenkomstige optie.⁵⁹ Hierdoor wordt wel een verschil gecreëerd tussen de regels voor consumentenkoop en die voor digitale inhoud en digitale diensten: aangezien het onder de Richtlijn digitale inhoud niet is toegestaan om een klachtplicht te handhaven of in te voeren,⁶⁰ bepaalt artikel 7:50ap lid 2 BW [ontwerp] dat voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten geen klachtplicht geldt.⁶¹ Wel wordt, in lijn met Aanwijzing 9.7, de verjaringstermijn van twee jaar na ontdekking van de non-conformiteit overgenomen.⁶² De suggestie van de ACM om de klachtplicht ook voor consumenten-

koopovereenkomsten te laten vervallen,⁶³ is helaas niet overgenomen, omdat de klachtplicht als een belangrijke pijler voor het Nederlandse systeem van conformiteit wordt gezien en noodzakelijk wordt geacht voor een goed evenwicht tussen de rechten en plichten van verkopers en consumenten.⁶⁴ Dat die keuze onjuist is, is onlangs overtuigend gedemonstreerd door Tamboer: zij toont in haar proefschrift over dit onderwerp aan de hand van onder meer uitvoerig historisch onderzoek aan dat de klachtplicht *alleen* (en alleen in sommige gevallen) bij de handelskoop kan worden gerechtvaardigd, maar niet bij de consumentenkoop en ook niet bij de koop tussen twee particulieren of de verkoop door een consument aan een handelaar.⁶⁵ De regeling voor digitale inhoud toont bovendien aan dat het samenspel van een flexibele conformiteitsnorm met een relatief korte verjaringstermijn voldoende is om tot een evenwichtige balans in de rechten en plichten van partijen te komen.

4.4. Bewijsvermoeden

Nauw verbonden met de twee vorige keuzes is de keuze om het bewijsvermoeden van artikel 11 Richtlijn verkoop goederen niet te verlengen tot twee jaar na aflevering, maar deze verlenging te beperken tot één jaar na aflevering. De regering heeft hiervoor gekozen om een uniforme regeling tot stand te brengen voor de regeling van de consumentenkoop en die van de levering van digitale inhoud en digitale diensten, aangezien de Richtlijn digitale inhoud geen mogelijkheid tot overeenkomstige verlenging van het bewijsvermoeden bevat. Daarmee wordt zekerheid en duidelijkheid aan de praktijk geboden. Daar komt bij dat een verlenging van het bewijsvermoeden tot twee jaar disproportioneel voor handelaren wordt gevonden en dat daardoor de balans tussen de bescherming van de positie van de consument en de verplichtingen voor verkopers verstoord zou worden.⁶⁶ De ACM had geadviseerd wél gebruik te maken van de optie omdat consumenten, in het bijzonder kwetsbare consumenten, moeite hebben om hun recht te halen bij non-conformiteit en ook de ACM zelf bij de handhaving van de Wet handhaving consumentenbescherming er tegenaan loopt dat het moeilijk is om te bewijzen dat een product al bij levering non-conform is. Een verlenging van de omkering van de bewijslast tot twee jaar zou handhaving van de Wet handhaving consumentenbescherming door de ACM eenvoudiger maken. Duidelijkheid over de bewijspositie zou ten slotte ook betekenen dat de ACM minder tijd kwijt is met voorlichting aan consumenten en handelaren. De ACM acht de verlenging van de termijn voor de omkering van de bewijslast ook gerechtvaardigd omdat de

56. Idem.

57. Commissie Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad, *Verkoop van en waarborgen voor consumptiegoederen, Advies inzake Europees richtlijnvoorstel over de verkoop van en waarborgen voor consumptiegoederen*, uitgebracht aan de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, Publicatienummer 98/03, p. 29-31.

58. Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 62-63, waar dit wordt vermeld in de transponeringstabel.

59. Zie art. 5 lid 2 Richtlijn consumentenkoop.

60. Zie overweging 11 in de preambule van de Richtlijn digitale inhoud.

61. Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 9. Over de klungelige wijze waarop dit is geregeld, heb ik hierboven in par. 2 al het een en ander opgemerkt.

62. Vgl. art. 7:50ag lid 2 BW [ontwerp].

63. Zie de Uitvoerings- en handhavingstoets van de ACM van 30 januari 2020, *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 5.

64. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 20.

65. Zie S. Tamboer, *De klachtplicht bij koop. Een pleidooi voor inperking van het toepassingsbereik in het licht van het pacta sunt servanda-beginsel*, Amsterdam (in eigen beheer uitgegeven), 2021, in het bijzonder p. 444-445.

66. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 20.

verkoper over het algemeen over meer contacten, technische kennis en middelen beschikt om het benodigde bewijs over de (non-)conformiteit te leveren.⁶⁷ De regering is juist van oordeel dat een uniforme periode voor de bewijslastomkering voor gebrekkige zaken, digitale inhoud en digitale diensten zal leiden tot duidelijkheid voor consumenten en handelaren.⁶⁸ Ik denk dat dit standpunt juist is – te meer nu cd's, USB-sticks en andere materiële gegevensdragers die uitsluitend dienen als drager van digitale inhoud niet onder de regeling van de consumentenkoop, maar onder die van digitale inhoud en digitale diensten vallen. Het lijkt moeilijk uit te leggen aan consumenten én handelaren waarom voor een cd en een USB-stick een termijn van één jaar geldt, maar voor een 'ouderwetse' LP op vinyl en voor een USB-kabeltje een termijn van twee jaar geldt.

4.5. Opschorting van de betaling van de prijs

Artikel 13 lid 6 Richtlijn verkoop goederen geeft de consument het recht om betaling van de koopprijs of een deel daarvan op te schorten zolang de verkoper nog niet heeft voldaan aan haar verplichting tot levering van een aan de overeenkomst beantwoordende zaak. De lidstaten kunnen echter de voorwaarden en wijzen bepalen voor de uitoefening van het opschortingsrecht.⁶⁹ De regering heeft zich in dit verband terecht op het standpunt gesteld dat deze bepaling niet afzonderlijk behoeft te worden omgezet, aangezien deze voorwaarden en wijzen reeds in het algemene verbintenissenrecht zijn geregeld. De opschortingsbevoegdheid kan bijvoorbeeld worden uitgeoefend tijdens de periode die de verkoper nodig heeft om het gebrek te herstellen of de zaak te vervangen.⁷⁰ In geval van ontbinding wegens non-conformiteit kan volgens artikel 16 lid 3 Richtlijn verkoop goederen juist de verkoper terugbetaling van de koopprijs opschorten totdat de koper aan haar verplichting tot teruglevering van de zaak heeft voldaan of het bewijs heeft geleverd dat zij de zaken heeft verzonden. Deze bepaling wordt neergelegd in artikel 7:22 lid 7 BW [ontwerp]. Mijns inziens is deze bepaling te betreuren, aangezien zij meebrengt dat de wanpresterende verkoper kan wachten totdat de consument heeft voldaan aan haar ongedaanmakingsverbintenis voordat zij gehouden is om de koopprijs terug te betalen. Daarmee slaat de Europese wetgever de consument de mogelijkheid uit handen om druk uit te oefenen op de verkoper om de ongedaanmakingsverbintenis (wél) correct na te komen. De Nederlandse wetgever heeft helaas geen andere keuze dan deze bepaling te implementeren. De bepaling staat er mijns inziens echter niet aan in de weg dat de consument zich zo nodig op de onzeker-

heidsexceptie van artikel 6:263 BW dan wel het algemene opschortingsrecht van artikel 6:52 BW kan beroepen indien er gegronde redenen zijn om te vermoeden dat de verkoper (ook) haar verplichting tot terugbetaling van de koopprijs niet zal nakomen. Daarvan is naar mijn mening in ieder geval dan sprake wanneer de consument de overeenkomst heeft ontbonden of heeft aangekondigd te overwegen dat te doen, en de verkoper (ten onrechte) de non-conformiteit betwist of stelt dat de consument de overeenkomst niet kan ontbinden.⁷¹

Opmerkelijk is dat de regering geen gebruik heeft gemaakt van de in artikel 16 lid 3 Richtlijn verkoop goederen genoemde mogelijkheid om expliciet te regelen hoe de terugzending en terugbetaling dienen plaats te vinden. Op zich volstaan de bepalingen van het algemene verbintenissenrecht, in het bijzonder die van de artikelen 6:27 e.v. BW, hier. Het ter implementatie van artikel 18 lid 2 Richtlijn digitale inhoud voorgestelde artikel 7:50ak lid 3 BW [ontwerp] bepaalt echter dat wanneer de consument een prijs in geld of tegen digitale weergave van waarde (bijv. in bitcoins) heeft betaald, de handelaar de prijs in beginsel op dezelfde wijze dient terug te betalen als waarop de consument haar heeft betaald. Het zou voor de hand hebben gelegen om een overeenkomstige bepaling ook in de kooptitel op te nemen, te meer nu dezelfde regel is opgenomen in artikel 13 lid 1 Richtlijn consumentenrechten⁷² en het daarop gebaseerde artikel 6:230r lid 2 BW.

5. 'Data as payment'

5.1. Inleiding

In de beide vorige paragrafen ben ik ingegaan op de keuzes die de Nederlandse wetgever moest maken ten aanzien van de opties die de richtlijngever aan de nationale wetgever bood. In deze paragraaf is de insteek een andere. In deze paragraaf ga ik in op de verhouding tussen het gegevensbeschermingsrecht en het verbintenissenrecht bij de levering van 'gratis' digitale inhoud en 'gratis' digitale diensten. De aanleiding hiervoor wordt gevormd door het feit dat, anders dan de Richtlijn verkoop goederen, de Richtlijn digitale inhoud ook van toepassing is wanneer de consument geen prijs in geld betaalt, maar waarin zij aan de handelaar persoonsgegevens verstrekt of toezegt te verstrekken.⁷³ Deze bepaling over de reikwijdte van de richtlijn digitale inhoud zal worden opgenomen in artikel 7:50ab lid 1 onder b BW [ontwerp]. De Richtlijn geeft echter nauwelijks richtsnoeren voor de vraag hoe het fenomeen van 'betaling met persoons-

67. Zie de Uitvoerings- en handhavingstoets van de ACM van 30 januari 2020, *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 2-3. In het Verslag van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid sluiten de fracties van D66 en de SP zich bij het standpunt van de ACM aan, en die van de VVD bij het standpunt van de regering, zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 6, p. 4-6.

68. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 20.

69. Opmerkelijk is dat de Richtlijn digitale inhoud geen met art. 13 lid 6 Richtlijn verkoop goederen overeenkomstige bepaling bevat. Overweging (15) in de preambule van de Richtlijn digitale inhoud maakt duidelijk dat dit (geheel) aan de lidstaten is overgelaten.

70. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 37-38. De regering wijst daarbij specifiek op art. 6:262 en 263 BW.

71. Zie Loos 2019a, p. 113.

72. 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.

73. Zie art. 3 lid 1 Richtlijn digitale inhoud. De richtlijn is echter niet van toepassing indien de persoonsgegeven uitsluitend worden verstrekt om de handelaar in staat te stellen de digitale inhoud of dienst te leveren, of om te voldoen aan wettelijke voorschriften waaraan de handelaar is onderworpen, en de handelaar de persoonsgegevens niet voor andere doeleinden verwerkt.

gegevens' juridisch moet worden ingekaderd. Deze paragraaf beoogt op een aantal punten inzicht te verschaffen.

5.2. *Bescherming tegen misbruik toestemmingsvereiste?*
De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) was kritisch over de erkenning van 'persoonsgegevens als betaling', maar accepteerde dat deze erkenning wel kansen biedt voor meer bescherming door 'bestaande kwalijke praktijken' te reguleren.⁷⁴ De toezichthouder adviseerde de regering om in de formulering van artikel 7:50ab lid 1 onder b) BW [ontwerp] tot uitdrukking te brengen dat wanneer de consument betaalt met haar persoonsgegevens, zij geacht wordt toestemming te verlenen voor de verwerking van deze persoonsgegevens.⁷⁵ In de memorie van toelichting merkte de regering echter op dat de richtlijn dit niet voorschrijft en dat het niet in overeenstemming is met het kabinetsbeleid om in de implementatiewet aanvullende regels op te nemen. Dat neemt niet weg dat het voor zowel consumenten als handelaren duidelijkheid zou hebben opgeleverd als de wetgever deze situatie zou hebben geregeld, aangezien de omgekeerde situatie – in-trekking van de toestemming impliceert dat de consument niet langer aan de overeenkomst gebonden is – wel uitdrukkelijk wordt geregeld,⁷⁶ ook al wordt ook dat niet uitdrukkelijk door de richtlijn geëist.

De AP wees ook op het risico dat mensen die minder te besteden hebben, op ongepaste wijze worden verleid om inbreuken op hun grondrechten toe te staan⁷⁷ en dat een ongelijke machtspositie en te ruime mogelijkheden voor het aannemen van toestemming voor gegevensverwerking de bescherming van persoonsgegevens ernstig zouden kunnen uithollen.⁷⁸ De AP heeft daarom aanbevolen om in het wetsvoorstel uitdrukkelijk gevallen te benoemen waarin het verlenen van toestemming tot gegevensverwerking in ruil voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten als onaanvaardbaar wordt geacht, en te bepalen dat in een dergelijk geval de consument de overeenkomst zou moeten kunnen vernietigen. Daarbij denkt de AP in de eerste plaats aan gevallen waarin de consument toestemming geeft voor de verwerking van persoonsgegevens zonder duidelijke doelbeperking.⁷⁹ In een dergelijk geval kan de consument in feite niet weten waarvoor zij precies toestemming geeft: eigenlijk geeft de consument de handelaar in een dergelijk geval een blanco cheque. Om dezelfde reden kan ook in de volgende door de AP genoemde gevallen sprake zijn van een gebrekkige toestemming die aanleiding kan geven tot vernietiging van de overeenkomst:

- toestemming die niet of nauwelijks beperkt is in tijd;

- toestemming die doorgifte van de persoonsgegevens aan derden niet in aantal of soort partijen begrenst; en
- toestemming waarbij de aard en de omvang van de gegevensverwerking of daarbij betrokken derden onvoldoende duidelijk wordt omschreven.⁸⁰

Ook toestemming om bijzondere persoonsgegevens te verwerken, zoals gegevens over iemands etniciteit, seksuele gerichtheid, religieuze overtuiging of gezondheid,⁸¹ kan als problematisch worden gezien.⁸²

De AP merkte in dit verband op dat nu de regels over de geldigheid van overeenkomsten niet zijn geharmoniseerd, de lidstaten de mogelijkheid hebben om regels op dit gebied te handhaven of in te voeren.⁸³ De regering acht het echter niet opportuun om alleen voor overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten een dergelijke vernietigingsgrond in te voeren, omdat er vergelijkbare gevallen zouden zijn waarin persoonsgegevens worden verstrekt 'in ruil' voor de levering van 'gratis' speelgoedauto's, tennisballen en zwangerschapsboxen. Volgens de regering moet deze kwestie daarom meer generiek worden opgelost, en niet in het kader van de implementatiewet, aangezien een dergelijke regeling verder zou gaan dan nodig is voor een goede implementatie van de richtlijn.⁸⁴ Het lijkt mij dat de kans op misbruik bij de levering van digitale inhoud en digitale diensten aanzienlijk groter is dan bij de levering van zwangerschapsboxen en tennisballen, al was het maar omdat vrijwel alle consumenten wel overeenkomsten tot 'gratis' levering van digitale inhoud of digitale diensten sluiten, en slechts enkele ook in aanmerking komen met 'gratis' zwangerschapsboxen en tennisballen. Het argument van de regering lijkt er dan ook met de haren bij te zijn gesleept. Er zijn bovendien goede redenen om consumenten wél dergelijke aanvullende bescherming te bieden. Weliswaar kan de consument op elk gewenst moment haar toestemming tot gegevensverwerking intrekken op grond van artikel 7 lid 3 AVG. De intrekking van de toestemming heeft volgens diezelfde bepaling echter geen gevolgen voor de eerdere rechtmatige verwerking van persoonsgegevens, zodat intrekking van de toestemming niet tot de door de AP bedoelde bescherming leidt. Het is allesbehalve zeker dat vernietiging van de overeenkomst wegens een oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193j lid 3 BW) of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 1 jo. lid 4 BW) wel tot de mogelijkheden behoort. De toevoeging van een afzonderlijke vernietigingsgrond geeft bovendien het terechte signaal af *dat* in sommige gevallen de handelaar er niet op mag vertrouwen dat de toestemming om persoonsgegevens te verwerken, vrijwillig is verleend. Dat lijkt mij een belangrijke stap in

74. Zie AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 1.

75. Zie AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 9.

76. Zie art. 7:50ab lid 5 BW [ontwerp].

77. AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 4.

78. AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 7.

79. AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 6.

80. AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 7.

81. Zie autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/algemene-informatie-avg/mag-u-persoonsgegevens-verwerken#wat-verstaat-de-avg-onder-bijzondere-persoonsgegevens-6339 (bezocht op 14 juni 2021), waar nog meer voorbeelden worden genoemd.

82. AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 6.

83. AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, bijlage bij nr. 3, p. 6.

84. *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, nr. 3, p. 14.

de verwezenlijking van de door de AVG beoogde bescherming. Nu de wetgever de implementatie van de Richtlijn digitale inhoud niet te baat heeft genomen om deze bescherming te bieden, is te hopen dat de regering de ‘meer generieke’ oplossing op korte termijn alsnog aan het parlement voorlegt.

5.3. ‘Wanprestatie’ van de consument

De richtlijn regelt niet of het verstrekken van persoonsgegevens moet worden beschouwd als een echte tegenprestatie voor de levering van de digitale inhoud of de digitale dienst.⁸⁵ In de praktijk biedt de consument de handelaar in ruil voor de levering van de digitale inhoud of dienst natuurlijk iets dat voor die handelaar van waarde is. In economische termen betekent dit dat de persoonsgegevens inderdaad moeten worden gezien als de tegenprestatie van de consument. Ook de Nederlandse wetgever ziet de verplichting van de consument om de persoonsgegevens aan de handelaar te verstrekken als de door de consument te leveren tegenprestatie.⁸⁶

Dat roept de vraag op wat er gebeurt als de consument de toegezegde persoonsgegevens niet verstrekt, of onjuiste gegevens verstrekt. Mag de consument (per ongeluk of zelfs opzettelijk) onjuiste informatie over bijvoorbeeld haar adres of geboortedatum geven zonder dat zij aansprakelijk kan worden gesteld? Een puur contractenrechtelijke kijk op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud of digitale diensten zou meebrengen dat de leverancier bij wanprestatie van de consument – en zeker bij opzettelijke wanprestatie – op grond van artikel 6:74 BW recht op schadevergoeding heeft voor de door de wanprestatie veroorzaakte schade. Het is echter de vraag of dat wel de juiste benadering is bij de levering van persoonsgegevens.

Om persoonsgegevens te mogen verwerken, heeft de handelaar een geldige juridische grondslag nodig. De persoonsgegevens kunnen noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst, bijvoorbeeld wanneer een e-mailadres of een wachtwoord nodig is om toegang te krijgen tot een account. In dat geval volgt de wettelijke rechtvaardiging om persoonsgegevens te verwerken uit artikel 6 lid 1 onder b AVG. Wanneer de persoonsgegevens daarentegen worden verzameld en verwerkt voor commerciële doeleinden, heeft de handelaar de in

vrijheid gegeven geïnformeerde toestemming⁸⁷ van de consument nodig voor de verwerking van haar persoonsgegevens (art. 6 lid 1 onder a AVG).⁸⁸ Het enkele feit dat de consument de overeenkomst niet kan sluiten tenzij zij heeft ingestemd met de verwerking van haar persoonsgegevens, bijvoorbeeld door een vakje aan te kruisen, hoeft geen beletsel te zijn voor het feit dat de toestemming vrijelijk is gegeven, aangezien de consument ook kan besluiten de overeenkomst niet te sluiten.⁸⁹ Voor de vraag of toestemming vrijelijk is verleend, zijn de artikelen 3:33 en 35 BW van overeenkomstige toepassing.⁹⁰

De consument heeft, zoals al opgemerkt, op grond van artikel 7 lid 3 AVG echter het recht om op elk gewenst moment haar toestemming voor de verwerking van haar persoonsgegevens in te trekken. De memorie van toelichting bij de implementatiewet maakt duidelijk dat, overeenkomstig het bepaalde in artikel 3:37 lid 1 BW,⁹¹ voor het intrekken van de toestemming geen vormvereiste geldt.⁹² Wanneer de consument gebruikmaakt van het recht om de toestemming voor gegevensverwerking in te trekken, is zij niet aansprakelijk voor de hierdoor ontstane schade bij de handelaar.⁹³ Maar het fundamentele recht om de toestemming tot verwerking van de persoonsgegevens in te trekken heeft verdergaande consequenties. Wanneer de intrekking van de toestemming zou leiden tot een verlies van functionaliteit van de digitale inhoud, zou de intrekking van de toestemming negatieve gevolgen hebben. Overweging 42 in de preambule van de AVG geeft aan dat in een dergelijk geval de verleende toestemming niet kan worden geacht *vrijelijk* te zijn verleend, en dat zou betekenen dat de oorspronkelijke toestemming voor het verwerken van de persoonsgegevens ongeldig was en dus niet kan dienen als een geldige juridische grondslag de verwerking van de persoonsgegevens van de consument.⁹⁴ Dat suggereert dat de consument niet aansprakelijk kan worden gesteld indien zij geen (correcte) persoonsgegevens verstrekt, ook wanneer zij de toestemming tot verwerking van de persoonsgegevens *niet* zou hebben ingetrokken.⁹⁵ Dit betekent niet dat de handelaar gehouden is in een dergelijk geval haar verplichtingen uit de overeenkomst na te komen. Het moge zo zijn dat het gegevensbeschermingsrecht de aansprakelijkheid van de consument in de weg staat, maar de specifieke aard

85. Vgl. K. Sein & G. Spindler, ‘The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1’, *European Review of Contract Law* 2019, p. 265.

86. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 10.

87. Art. 4 onder 11 AVG geeft aan dat voor ‘toestemming’ tot gegevensverwerking in de zin van art. 6 lid 1 onder a AVG vereist is dat sprake is van een ‘vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting’ die wordt geopenbaard ‘door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling’.

88. Vgl. C. Langhanke & M. Schmidt-Kessel, ‘Consumer Data as Consideration’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2015, p. 220.

89. Vgl. H. Graux, ‘Privacybescherming op sociale netwerken: heeft u nog een privéleven?’, in: P. Valcke, P.J. Valgaeren & E. Lievens (red.), *Sociale media. Actuele juridische aspecten*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia, 2013, p. 10-11.

90. Vgl. H.H. de Vries, in: *Tekst & Commentaar Privacy- en gegevensbeschermingsrecht*, Art. 7 AVG, aant. 4 (stand 1 april 2021).

91. Op grond van art. 3:59 BW is art. 3:37 lid 1 BW ook buiten het vermogensrecht van toepassing voor zover de toepassing niet onvereenigbaar is met de aard van de rechtshandeling (de intrekking van de toestemming) of met de aard van de relatie tussen handelaar en consument.

92. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 11-12. De website van de AP bevat modelbrieven die de consument onder meer laten zien hoe zij de toestemming kan intrekken, autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/zelf-doen/voorbeeldbrieven-privacyrechten (bezoekt op 15 juni 2021).

93. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 12 en 46.

94. Zie ook Article 29 Working Party, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, WP259 rev.01, p. 10-11. De Guidelines zijn online beschikbaar via ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030 (bezoekt op 15 juni 2021).

95. Vgl. C. Langhanke & M. Schmidt-Kessel, ‘Consumer Data as Consideration’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2015, p. 221-222.

van de niet-nakoming door de consument rechtvaardigt niet dat de handelaar ook het recht zou worden ontnomen om op de voet van artikel 6:265 BW de ontbinding van de overeenkomst wegens niet-nakoming in te roepen.

5.4. Ontbinding door de consument en intrekking toestemming tot verwerking persoonsgegevens

Artikel 7:50ab lid 5 BW [ontwerp] geeft aan dat voor een overeenkomst tot levering van digitale inhoud of digitale diensten waarbij de consument zich niet (mede) verbindt tot betaling van een prijs in geld, de intrekking van de toestemming door de consument impliceert dat deze niet langer aan de overeenkomst is gebonden. De intrekking van de toestemming impliceert dus de eenzijdige beëindiging van de overeenkomst inzake digitale inhoud.⁹⁶

De vraag is dan of het omgekeerde ook waar is: moet de verklaring van de consument waarin zij haar besluit om de overeenkomst te ontbinden⁹⁷ kenbaar maakt aan de handelaar, aldus worden uitgelegd dat zij ook de intrekking van de toestemming voor de verwerking van de door haar verstrekte persoonsgegevens inhoudt? Volgens de memorie van toelichting is dit inderdaad het geval. De toelichting voegt eraan toe dat de consument bij de beëindiging van de overeenkomst haar toestemming voor de verwerking van haar persoonsgegevens dus niet afzonderlijk hoeft in te trekken.⁹⁸

De consument is in een dergelijk geval niet gehouden de aan haar geleverde prestatie(s) ongedaan te maken. De regering rechtvaardigt dit door erop te wijzen dat de bepalingen van de AVG over het verlenen en intrekken van toestemming om persoonsgegevens te verstrekken beogen de persoon wiens gegevens worden verwerkt te beschermen.⁹⁹ Een verplichting om al van de handelaar ontvangen prestaties terug te geven zou in deze visie de door de AVG aan de consument geboden bescherming ondermijnen. In een dergelijk geval kan echter niet van de handelaar worden verwacht dat zij haar verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst blijft nakomen; de handelaar heeft dan ook het recht om de toegang van de consument tot de digitale inhoud of de digitale dienst te blokkeren.¹⁰⁰

6. Conclusie

Bij de implementatie van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud is het uitgangspunt dat gekozen wordt voor een zo beperkt mogelijke wijziging van het bestaande recht en om zo min mogelijk gebruik te maken van de door de richtlijnen geboden opties. In het wetsvoorstel zijn geen bepalingen opgenomen over de vraag of de re-

gels ook van toepassing zijn indien een natuurlijk persoon goederen, digitale inhoud of digitale diensten aanschaft voor gemengde doeleinden, laat staan dat uitdrukkelijke uitbreiding tot non-profit organisaties, startende ondernemingen of kleine en middelgrote ondernemingen is overwogen. De wetgever heeft bovendien eerder gemaakte keuzes zoveel mogelijk in stand gelaten: geen vaste conformiteitstermijnen, in stand laten van de klachtplicht bij consumentenkoop, toepasselijkheid van de normale conformiteitsregels bij de koop van tweedehands zaken en van dieren, en het behandelen van rechtsgebreken als conformiteitsproblemen. In lijn met de gedachte dat er zo min mogelijk wijzigingen moeten worden doorgevoerd is ook de keuze om de regels voor de consumentenkoop en voor digitale inhoud en digitale diensten zoveel mogelijk dezelfde te laten zijn. Dat zien we onder meer terug bij de keuze om ook voor digitale inhoud en digitale diensten geen vaste conformiteitstermijnen te hanteren en om bij de regeling voor de consumentenkoop geen gebruik te maken van de mogelijkheid om de periode waarvoor een omkering van de bewijslast geldt, niet verder te verlengen dan één jaar na aflevering, nu de Richtlijn digitale inhoud een overeenkomstige verlenging voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten niet zou toestaan. Hoewel op grond van de Richtlijn digitale inhoud geen klachtplicht mag gelden, is voor de aanvang van de verjaringstermijn bij non-conformiteit wel aangesloten bij de melding van het gebrek aan de handelaar, met zoals dat bij de consumentenkoop op grond van artikel 7:23 lid 2 BW het geval is.

De wetgever heeft wel bijzondere aandacht besteed aan de samenhang tussen de implementatie van de Richtlijn digitale inhoud en de bestaande regels onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Ook hier is terughoudendheid het uitgangspunt: waar het niet noodzakelijk is om regels in de wet op te nemen, is daarvan veelal afgezien. Om die reden is geen afzonderlijke vernietigingsgrond ingevoerd voor gevallen waar misbruik van de toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens op de loer ligt. Ook is niet expliciet geregeld dat sluiting van een overeenkomst tot levering van digitale inhoud of een digitale dienst door een consument in ruil voor de verstrekking van persoonsgegevens, toestemming voor de verwerking daarvan impliceert. De wetgever heeft ook nagelaten te regelen wat het contractuele gevolg is van de intrekking van de toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens waar die toestemming de tegenprestatie van de consument voor de levering van digitale inhoud of digitale diensten vormt. Wel is de memorie van toelichting opgemerkt dat de consument in een dergelijk geval

96. *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 11.* In deze zin ook AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21, 35734*, bijlage bij nr. 3, p. 4.

97. Er zijn drie gevallen waarin de consument de overeenkomst betreffende digitale inhoud kan ontbinden:

(1) als remedie voor niet-nakoming, als de handelaar de digitale inhoud of dienst niet heeft geleverd (art. 7:50ah lid 1 BW [ontwerp]);

(2) als remedie bij non-conformiteit (art. 7:50ai lid 4 BW [ontwerp]); of

(3) wanneer de overeenkomst tot levering van digitale inhoud of een digitale dienst gedurende een bepaalde periode moet worden nagekomen en de handelaar de digitale inhoud of dienst in grotere mate wijzigt dan noodzakelijk is om de digitale inhoud of dienst aan de overeenkomst in overeenstemming met de overeenkomst te houden, en de wijziging negatieve en niet te verwaarlozen gevolgen heeft voor de toegang van de consument tot of het gebruik van de digitale inhoud of de digitale dienst (art. 7:50al lid 2 BW [ontwerp]).

98. Vgl. *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 14.* Zie in dit verband ook AP, advies van 16 april 2020, *Kamerstukken II 2020/21, 35734*, bijlage bij nr. 3, p. 4.

99. Vgl. *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 12.*

100. *Kamerstukken II 2020/21, 35734, nr. 3, p. 12.*

niet aansprakelijk is voor wanprestatie. Het zou voor de rechtszekerheid beter zijn geweest als dit in de wetstekst zelf zou zijn opgenomen. Dat geldt ook voor het antwoord op de vraag of ontbinding van de overeenkomst door de consument moet worden gezien als een intrekking van die toestemming: mooi dat dat in de memorie van toelichting staat, maar eigenlijk behoren dergelijke regels in de wet zelf te worden opgenomen.

Op sommige punten bevat de memorie van toelichting dus informatie die eigenlijk in de wet had moeten worden opgenomen. Op één punt zwijgt (ook) de memorie van toelichting, waar een opmerking van de wetgever nuttig zou zijn geweest voor de rechtspraak. Dat betreft de vraag in hoeverre de richtlijnen een beroep op dwaling mogelijk maken indien het gaat om feiten die óók een beroep op non-conformiteit zouden kunnen dragen. Het zou al helpen als de wetgever zou hebben opgemerkt dat de richtlijnen niet duidelijk zijn of een dergelijk beroep nog mogelijk is en dat het laatste woord hierover door het Hof van Justitie zal moeten worden gesproken. Dat zou dan als een alarmsignaal voor de rechtspraak hebben kunnen werken. Of zou dat misschien kunnen leiden tot ongewenste aandacht voor het wetsvoorstel? Misschien is de vraag stellen, hem beantwoorden...