



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (II)

Loos, M.B.M.

DOI

[10.5553/NtER/138241202016022004005](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202016022004005)

Publication date

2016

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2016). Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (II). *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 22(4), 148-156. <https://doi.org/10.5553/NtER/138241202016022004005>

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>)

Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (II)

Prof. dr. M.B.M. Loos*

Op 9 december 2015 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend voor een richtlijn voor de levering van digitale inhoud. Het richtlijnvoorstel kent een ruim toepassingsgebied en is onder voorwaarden ook van toepassing op overeenkomsten waarbij de consument niet met geld, maar met de verstrekking van persoonsgegevens betaalt. Naast een bespreking van dit toepassingsgebied wordt vooral aandacht besteed aan de conformiteit van digitale inhoud en de remedies bij non-conformiteit.

- *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen, COM(2015)635 final*
- *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, COM(2015)634 final*

Inleiding

In het vorige nummer van *NTER* is aandacht besteed aan het voorstel voor een richtlijn online verkoop. In dit

* Prof. dr. M.B.M. (Marco) Loos is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrechten, bij het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam, lid van het Bestuur van de Onderzoeksschool *Ius Commune* en medewerker van dit blad. Dit artikel is mede gebaseerd op presentaties tijdens de *Workshop Digital Single Market: Stakeholders' Perspective on proposed new Contract Rules*, georganiseerd door het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam en de ministeries van Economische Zaken en van Veiligheid en Justitie in het kader van het Nederlandse voorzitterschap van de Europese Unie op 4 februari 2016, en tijdens de op 18 februari 2016 in Brussel gehouden *Conference New EU Rules for digital contracts*, georganiseerd door ERA. Hij dankt mr. A.J. Hoelen en mr. B.J. Stuuat (beiden werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt) voor hun waardevolle commentaar bij een eerdere versie van dit artikel.

tweede deel wordt de aandacht gevestigd op het tegelijkertijd ingediende voorstel voor een richtlijn digitale inhoud. Ik ga daarbij vanwege de omvang van dit artikel niet in op de bepalingen over de wijziging (art. 15) en ontbinding van duurovereenkomsten (art. 16 richtlijnvoorstel). Waar dat relevant is, zal uiteraard een vergelijking worden gemaakt met het eerder besproken voorstel voor een richtlijn online verkoop.

Toepassingsgebied richtlijn digitale inhoud

De richtlijn digitale inhoud heeft betrekking op de levering van digitale inhoud, ongeacht de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen (in of buiten een verkooppriemte of op afstand) en ongeacht de wijze waarop de digitale inhoud wordt geleverd (op een duurzame drager, zoals een dvd, of door middel van een download).¹ De richtlijn is bovendien van toepassing op zowel overeenkomsten waarbij de consument duurzaam de beschikking heeft over de digitale inhoud (zoals bij een download) als op overeenkomsten waarbij diensten worden verleend (zoals bij *streaming* of *cloud storage*). Daarmee is het toepassingsgebied ook ruimer dan dat van artikel 7:5 lid 5 BW, welke regeling nadrukkelijk beperkt is tot 'koopachtige' situaties. Wel is vereist dat de leverancier een professionele partij is, de wederpartij

1. Alleen de bepalingen over de levering van de digitale inhoud (art. 5 richtlijn digitale inhoud) en over het recht om bij niet-levering van de digitale inhoud direct tot ontbinding te mogen overgaan (art. 11 richtlijn digitale inhoud) zijn volgens art. 3 lid 3 richtlijn digitale inhoud niet van toepassing. Omdat de richtlijn online verkoop niet aangeeft dat in dat geval die richtlijn wél van toepassing is indien de overeenkomst op afstand gesloten is, valt zowel de verplichting tot levering als de vraag of de consument direct tot ontbinding kan overgaan, onder de werking van art. 18 Richtlijn consumentenrechten. Op grond van art. 18 lid 2 Richtlijn consumentenrechten en het daarmee overeenstemmende art. 7:19a BW zal de consument dan in beginsel aan de leverancier een ingebrekestelling moeten sturen.

een consument, en dat de digitale inhoud wordt geleverd tegen betaling van een prijs in geld² of doordat de consument actief een andere tegenprestatie levert door verstrekking van (al dan niet persoonlijke) gegevens.³

De voor de praktijk belangrijkste innovatie van deze richtlijn betreft het feit dat ook 'gratis' digitale inhoud onder omstandigheden onder het toepassingsgebied van de richtlijn digitale inhoud kan vallen.⁴ Voor wat betreft dergelijke andere tegenprestaties is de richtlijn alleen van toepassing indien de leverancier de consument vraagt om persoonlijke of andere gegevens te verstrekken die niet uitsluitend nodig zijn om de overeenkomst uit te kunnen voeren of om aan wettelijke vereisten te voldoen. Wanneer de consument bijvoorbeeld een e-mailadres doorgeeft om per e-mail digitale informatie te ontvangen, is de verstrekking van het e-mailadres noodzakelijk om de informatie te kunnen verstrekken, zodat de richtlijn niet van toepassing is. Wanneer de leverancier de gegevens echter ook op andere wijze gebruikt, bijvoorbeeld door deze te verzamelen en te verkopen aan derden, is de richtlijn wel van toepassing. Van een tegenprestatie is ook sprake indien de consument, ten einde gebruik te kunnen maken van sociale media, bij het aanmaken van een account toestemt in de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten ten aanzien van via het platform gedeelde foto's en teksten.⁵

Dat lijkt ook te gelden voor het geval waarin de leverancier de persoonsgegevens aanvankelijk niet commercieel uitbaat, maar hier later wel toe overgaat. Onduidelijk is of de consument hierdoor echter alsnog rechten aan de richtlijn kan ontnemen voor al eerder aangeschafte digitale inhoud, met name indien de non-conformiteit dan inmiddels al is komen vast te staan. Wil deze bepaling geen tandeloze tijger blijken te zijn, dan zal het antwoord mijns inziens bevestigend moeten zijn. Dat zou echter wel betekenen dat de overeenkomst *de facto* met terugwerkende kracht anders wordt gekwalificeerd dan bij levering van de digitale inhoud het geval was.

Wanneer de consument de gegevens niet actief verstrekt aan de leverancier, maar de leverancier deze verzamelt door bijvoorbeeld cookies te plaatsen, of wanneer de

tegenprestatie van de consument uitsluitend bestaat uit het tolereren van advertenties, is de richtlijn *niet* van toepassing.⁶ Dat leidt mijns inziens tot de onwenselijke situatie dat de leverancier aan toepasselijkheid van de richtlijn kan ontkomen door niet expliciet om verstrekking van gegevens te vragen, maar deze (al dan niet verborgen) te verzamelen via cookies.⁷

Van digitale inhoud is volgens de definitie in artikel 2 lid 1 richtlijn digitale inhoud in drie gevallen sprake. In de eerste plaats kan het gaan om data die in digitale vorm worden geproduceerd en geleverd in de vorm van video, audio, apps, games of andere software. In de tweede plaats kan het gaan om de levering van een dienst die bestaat uit de schepping, be- of verwerking of opslag van door de consument in digitale vorm geleverde data. Ten slotte valt onder de definitie de levering van een dienst waarmee een consument door andere afnemers van de dienst in digitale vorm geleverde data wordt gedeeld of waarbij op andere wijze op wordt gereageerd door de consument. De definitie is opzettelijk ruim geformuleerd en beoogt alle soorten digitale inhoud te omvatten, waaronder gedownloade of gestreamde films, opslag van digitale inhoud in de *cloud*, sociale media, zo volgt uit de toelichting op het richtlijnvoorstel.⁸ De richtlijn digitale inhoud beoogt daarmee toekomstbestendig te zijn.⁹

Diensten waarbij de digitale inhoud vooral als drager wordt gebruikt en waarbij de menselijke activiteit van de leverancier de overhand heeft, elektronische communicatiediensten, diensten op het terrein van de gezondheidszorg, gokdiensten en financiële diensten vallen buiten het toepassingsgebied.¹⁰ Voor zover sprake is van een gemengde overeenkomst, gelden de bepalingen van de richtlijn digitale inhoud slechts voor de rechten en verplichtingen van partijen in het kader van de levering

2. Deze richtlijn omschrijft, bij mijn weten voor het eerst, het begrip 'prijs' expliciet als geld betaald als tegenprestatie voor de door de handelaar geleverde digitale inhoud, zie art. 2 onder (6) richtlijn digitale inhoud.
3. Zie art. 1 en 3 richtlijn digitale inhoud. Zie hierover kritisch H. Beale, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, *In-Depth Analysis*, Briefing note for the Legal Affairs Committee of the European Parliament, PE 536.493, 2016, p. 11; deze paper is beschikbaar op <www.europarl.europa.eu/committees/nl/events-workshops.html?id=20160217CHE00181> (laatstelijk bezocht op 2 april 2016).
4. Bij de Richtlijn consumentenrechten is dat niet het geval, nu zowel de definitie van een koopovereenkomst als die van een overeenkomst tot levering van diensten uitgaat van de betaling van een prijs, zie art. 2 onder (5) en (6) Richtlijn consumentenrechten.
5. Vgl. B. Fauvarque-Cosson, *The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)*, *In-Depth Analysis*, Briefing note for the Legal Affairs Committee of the European Parliament, PE 536.495, 2016, p. 7; deze paper is beschikbaar op <www.europarl.europa.eu/committees/nl/events-workshops.html?id=20160217CHE00181> (laatstelijk bezocht op 2 april 2016).

6. Zie art. 3 lid 4 richtlijn digitale inhoud en overweging (14) in de preambule bij die richtlijn.
7. Zie ook Beale 2016, p. 13; V. Mak, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, *In-depth analysis*, Briefing note for the Legal Affairs Committee of the European Parliament, PE 536.495, 2016, p. 9; ik zal naar deze paper verwijzen als Mak 2016b; zij is beschikbaar op <www.europarl.europa.eu/committees/nl/events-workshops.html?id=20160217CHE00181> (laatstelijk bezocht op 2 april 2016).
8. Zie Explanatory Memorandum bij de richtlijn digitale inhoud, p. 11; zie ook overweging (11) in de preambule bij de richtlijn digitale inhoud.
9. Mak 2016b, p. 9, betwijfelt of de richtlijn dat wel *kan* zijn. Zij wijst daarbij op het feit dat de richtlijn ook van toepassing moet zijn op digitale toepassingen die op dit moment nog niet bestaan.
10. Art. 3 lid 5 richtlijn digitale inhoud.

van digitale inhoud.¹¹ Zaken die gebruikmaken van *embedded software*,¹² waarbij de digitale inhoud functioneel ondergeschikt is aan de roerende zaak, zoals de elektronica en software in een auto, en de software voor een thermostaat die op afstand met een app kan worden aangezet, vallen buiten het toepassingsgebied van de richtlijn digitale inhoud en onder dat van de richtlijn online verkoop.¹³ De afgrenzing tussen overeenkomsten tot levering van roerende zaken met *embedded software* en gemengde overeenkomsten van koop en digitale inhoud is nu al moeilijk te maken. Is bijvoorbeeld de overeenkomst waarbij een laptop wordt verkocht met daarop geïnstalleerd Windows 10 en Microsoft Office een gemengde overeenkomst van koop en digitale inhoud, of is hier sprake van *embedded software*?¹⁴ De combinatie van roerende zaken en digitale inhoud zal de komende jaren ongetwijfeld nog veel verder gaan, en het zal in toenemende mate lastiger worden om het onderscheid te maken tussen *embedded software* en digitale inhoud die een zelfstandige economische waarde heeft (zoals bij Microsoft Office wel, maar bij Windows 10 mogelijk niet het geval is). Daarmee is de met de richtlijn beoogde toekomstbestendigheid ook meteen een stuk minder aannemelijk.

Overeenkomsten die zonder directe menselijke betrokkenheid worden gesloten, zoals een koelkast die 'zelf' een bestelling plaatst als gesignaleerd wordt dat de melk op is, vallen buiten het toepassingsgebied van de richtlijn. In de preambule wordt in dit verband opgemerkt dat het 'opportuun' is 'op afzonderlijke wijze in te gaan' op de aansprakelijkheid voor digitale inhoud in de context van het *Internet of Things*.¹⁵ Dat lijkt erop te duiden dat dit onderwerp buiten het toepassingsgebied van de richtlijn zou zijn gelegen. De omschrijving van het begrip 'digitale inhoud' is echter zo ruim dat onzeker is of het *Internet of Things* wel echt buiten het toepassings-

gebied is gebleven.¹⁶ Overweging (16) uit de preambule bij de richtlijn digitale inhoud maakt ten slotte duidelijk dat voor wat betreft 3D-printing de levering van CAD-files,¹⁷ nodig voor 3D-printing, wel onder het toepassingsgebied van de richtlijn kan vallen,¹⁸ maar de productie van de 3D-geprinte zaken zelf niet: die valt onder het bereik van de richtlijn online verkoop dan wel de richtlijn consumentenkoop.

De richtlijn lijkt niet te beoogen dat de producent van de digitale inhoud *zelf* aansprakelijk gesteld kan worden in geval van non-conformiteit van de digitale inhoud. De bewoordingen van de richtlijn maken dat echter wel mogelijk. Dat geldt vooral wanneer de digitale inhoud geleverd wordt door een leverancier, maar voorzien is van een End User's License Agreement (EULA) van de producent van de digitale inhoud. Als de producent sluiting van de EULA afdwingt door de consument te verplichten in te stemmen met de voorwaarden van de EULA en daarbij van de consument verlangt dat die persoonsgegevens invult, zoals zijn e-mailadres, dan lijkt voldaan te zijn aan de eisen die artikel 3 richtlijn digitale inhoud stelt aan toepasselijkheid van de richtlijn. Dat geldt zeker indien de EULA de producent verplicht om updates te sturen bij gebleken fouten in de digitale inhoud.¹⁹

Belangrijk is ten slotte dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de bescherming van personen met betrekking tot de verwerking van hun persoonlijke gegevens²⁰ en dat zij geen betrekking heeft op bepalingen van algemeen contractenrecht, zoals de regels over contractsluiting, geldigheid en de gevolgen van overeenkomsten, voor zover als deze niet in de richtlijn digitale inhoud zijn geregeld.²¹

11. Art. 3 lid 6 richtlijn digitale inhoud. Overweging (12) in de preambule bij de richtlijn online verkoop geeft een vergelijkbare benadering voor een gemengde overeenkomst waarbij koop- en dienstverleningselementen kunnen worden onderscheiden, zoals een overeenkomst waarbij een garage een auto verkoopt en tegelijkertijd met de consument overeenkomt dat de auto jaarlijks wordt onderhouden. Wendehorst merkt terecht op dat in beide richtlijnen onvoldoende duidelijk wordt wat het gevolg is van het feit dat de overeenkomst voor wat betreft een van beide onderdelen van een gemengde overeenkomst wordt ontbonden, zie C. Wendehorst, *Sale of goods and supply of digital content – two worlds apart? Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age. In-depth analysis*, Briefing note for the Legal Affairs Committee of the European Parliament, PE 556.928, 2016, p. 7; deze paper is beschikbaar op <www.europarl.europa.eu/committees/nl/events-workshops.html?id=20160217CHE00181> (laatstelijk bezocht op 2 april 2016).
12. In de Nederlandse versie van de richtlijnen wordt *embedded software* omschreven als 'digitale inhoud die zodanig in goederen is verwerkt dat deze inhoud als een integrerend deel van die goederen functioneert en de functies ervan aan de hoofdfuncties van de goederen ondergeschikt zijn', zie overweging (11) in de preambule bij de richtlijn digitale inhoud en overweging (13) in de preambule van de richtlijn online verkoop. Zie voor een beter werkbare definitie Wendehorst 2016, p. 13.
13. Zie ook Wendehorst 2016, p. 7.
14. Dit voorbeeld is afkomstig van Wendehorst 2016, p. 8.
15. Zie overweging (17) in de preambule van de richtlijn digitale inhoud, waar de term 'internet van de dingen' wordt gebruikt.

16. Zie Mak 2016b, p. 8.
17. Bestanden die gecreëerd zijn door middel van *computer-aided design* (CAD) software, waarmee vervolgens 3D-prints kunnen worden gemaakt met behulp van een 3D-printer. Zie hierover C. Twigg-Flesner, 'Conformity of 3D prints – Can current Sales Law cope?', in: R. Schulze en D. Staudenmayer (eds.), *Digital Revolution – Challenges for Contract Law*, Baden-Baden: Nomos/Hart, 2016, p. 36.
18. Vereist is wel dat de CAD-files worden geleverd door een professionele partij en in ruil voor een betaling in geld of voor het actief verstrekken van gegevens door de consument. Dat is lang niet altijd het geval: Twigg-Flesner 2016, p. 36, geeft aan dat de CAD-files vaak om niet en op basis van open-source ter beschikking worden gesteld, waardoor iedere consument de bestanden kan verbeteren en verder verspreiden. Veel CAD-files worden dan ook in de praktijk door particulieren (verder) ontwikkeld, waardoor de *levering* van deze CAD-files vaak buiten het toepassingsgebied van de richtlijn zal vallen. De overeenkomst op grond waarvan de consument de CAD-files in de *cloud* van een dienstverlener kan opslaan, valt uiteraard wel onder het bereik van de richtlijn.
19. Vgl. ook Beale 2016, p. 13.
20. Art. 3 lid 7 richtlijn digitale inhoud. Gedoeld wordt op Algemene verordening gegevensbescherming. Over de aanvaarding van de verordening, die dient ter vervanging van Richtlijn 95/46/EG, is op 21 december 2015 een politiek akkoord gesloten tussen de Europese Commissie, de Raad en het Europees Parlement, zie het persbericht van de Europese Commissie op <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/151221_en.htm> (laatstelijk bezocht op 30 maart 2016).
21. Art. 3 lid 9 richtlijn digitale inhoud.

Levering en niet-levering van digitale inhoud

Volgens artikel 5 lid 1 richtlijn digitale inhoud dient de leverancier de digitale inhoud te leveren aan de consument of aan een door hem aangewezen derde, zoals een internet host die de *cloud* van de consument beheert of een platform dat toegang biedt tot online games. De verplichting moet binnen dertig dagen worden nagekomen, tenzij een afwijkende periode voor nakoming is overeengekomen (lid 2). In de praktijk zal vrijwel steeds een afwijkende afspraak worden gemaakt: meestal zal in de winkel of op de website van de leverancier onmiddellijke levering of levering binnen enkele werkdagen zijn toegezegd.

Wanneer deze verplichting niet correct wordt nagekomen, kan de consument volgens artikel 11 richtlijn digitale inhoud de overeenkomst direct ontbinden, zonder dat een ingebrekestelling is vereist. Daarmee wijkt de richtlijn digitale inhoud af van de overeenkomstige bepalingen in artikel 18 lid 2 Richtlijn consumentenrechten en artikel 7:19a BW, die in beginsel eveneens van toepassing zijn voor zover het gaat om de levering van digitale inhoud op een duurzame drager: voor de toepassing van die richtlijn zal een dergelijke overeenkomst immers als een koopovereenkomst worden gekwalificeerd.²² Op dit punt lijken de beide richtlijnen niet geheel op elkaar te zijn afgestemd. Verdedigbaar is echter dat de regeling van de richtlijn digitale inhoud voorrang krijgt als ‘sectorale’ regelgeving.²³ Een meer expliciete wijziging van het toepassingsgebied van artikel 18 Richtlijn consumentenrechten lijkt mij echter gebruiksvriendelijker te zijn.

Naast ontbinding kan de consument ook schadevergoeding vorderen (art. 14 lid 1 richtlijn digitale inhoud). De richtlijn maakt niet duidelijk of de consument óók nakoming van de overeenkomst kan vorderen: alleen schadevergoeding en ontbinding worden expliciet als sanctie genoemd. Dat is problematisch, juist omdat de richtlijn uitgaat van volledige harmonisatie en verdedigbaar is dat de richtlijn de beschikbare remedies uitputtend regelt. Er lijkt echter geen goede reden te zijn om de consument niet het recht te bieden om nakoming van de overeenkomst te vorderen.

Ook niet duidelijk is of het uitblijven van updates (wanneer levering daarvan uitdrukkelijk of stilzwijgend is overeengekomen)²⁴ onder artikel 5 richtlijn digitale inhoud valt, dan wel moet worden gezien als een non-

conformiteit in de zin van artikel 6 richtlijn digitale inhoud.²⁵ Dat is niet alleen van belang gelet op de hierboven genoemde discussie, maar ook omdat bij non-conformiteit juist een beperking van de mogelijkheid tot ontbinding geldt, zoals hierna uiteen zal worden gezet.

Conformiteit van digitale inhoud

Ten aanzien van de conformiteitseis wordt bepaald dat de digitale inhoud moet beantwoorden aan de specifieke doelen waarvoor de consument de digitale inhoud heeft aangeschaft, voor zover deze aan de leverancier zijn bekendgemaakt voor contractsluiting, en aan de informatie die de leverancier voor of bij contractsluiting aan de consument heeft medegedeeld.²⁶ Deze regeling geldt bovendien, anders dan het geldende Nederlandse recht, niet alleen voor op een koop gelijkende overeenkomsten, zoals de aanschaf van software of games, maar ook voor de levering van online diensten, zoals een abonnement op Netflix of de toegang tot een online te spelen game.²⁷ Tenzij anders is overeengekomen dient de leverancier de nieuwste versie van de digitale inhoud te leveren die op het moment van contractsluiting in omloop was.²⁸

Objectieve maatstaven bij de beoordeling of de digitale inhoud aan de overeenkomst beantwoordt, zoals de vraag of de digitale inhoud geschikt is voor het normaal gebruik daarvan, zijn volgens artikel 6 lid 2 richtlijn digitale inhoud slechts van toepassing indien partijen geen specifieke afspraken hebben gemaakt. Tijdens het symposium in Brussel stelde de vertegenwoordiger van de Europese Commissie dat een wijziging van de conformiteitsregels ten opzichte van het kooprecht hier nodig is vanwege de beperkingen die de houder van de intellectuele-eigendomsrechten aan de leverancier kan hebben opgelegd en die de leverancier moet kunnen doorgeven aan de consument. Daar komt bij, zo stelde hij, dat de leverancier zogenoemde bètaversies op de markt moet kunnen brengen. Bij dergelijke bètaversies gaat het om nog in ontwikkeling zijnde digitale inhoud waarvan de leverancier weet *dat* er gebreken in zullen zitten, maar waarvan per definitie onbekend is welke gebreken dat zijn. Deze beperkingen kunnen echter evenzeer worden aangebracht door aan te sluiten bij de bewoordingen van artikel 7:17 lid 2 BW, volgens welke slechts van non-conformiteit sprake is indien de digitale inhoud niet de eigenschappen bezit die de consument op grond van de overeenkomst *mocht verwachten*. De voorrang van subjectieve boven objectieve criteria kan

22. Zie de omschrijving van ‘koopovereenkomst’ in art. 2 onder (5) Richtlijn consumentenrechten.

23. Zie art. 3 lid 2 Richtlijn consumentenrechten.

24. In dit verband is van belang dat van algemene bekendheid is dat zowel de geleverde digitale inhoud als de digitale omgeving van de consument onderhevig is aan wijzigingen, onder meer omdat inmiddels bekend geworden veiligheidsgebreken moeten worden hersteld. In veel gevallen zal de consument dan ook op basis van de overeenkomst mogen verwachten dat de leverancier (of ten behoeve van de leverancier: de producent) updates zal verzorgen. Zie ook de volgende paragraaf.

25. Fauvarque-Cosson 2016, p. 7-8, ziet dit als een geval van non-conformiteit; ik ben geneigd haar in deze opvatting te volgen. Zij stelt echter, op p. 9, dat de regels voor ontbinding niet zouden moeten verschillen naar gelang sprake is van niet-levering of non-conformiteit.

26. Zie art. 6 lid 1 richtlijn digitale inhoud.

27. Vgl. ook Beale 2016, p. 22, die opmerkt dat de voor diensten veelal geldende inspanningsverbintenissen (zoals die van art. 7:401 BW) hiermee resultaatsverbintenissen worden.

28. Zie art. 6 lid 4 richtlijn digitale inhoud.

bovendien tot problemen leiden: de leverancier kan hierdoor feitelijk de uit de richtlijn voortvloeiende minimumvereisten ontlopen door zeer beperkte gebruiksmogelijkheden te melden aan de consument. Met die melding voorkomt hij dat de digitale inhoud óók geschikt dient te zijn voor andere, zelfs voor meer gebruikelijke, doeleinden. De leverancier zou in een dergelijk geval ook niet gebonden zijn aan de mededelingen van de producent van de digitale inhoud, tenzij hij die mededelingen zelf heeft herhaald: ook de conformiteit met dergelijke mededelingen is slechts aan de orde indien de objectieve test van artikel 6 lid 2 richtlijn digitale inhoud van toepassing is. Een wijziging van de richtlijn op dit punt lijkt dan ook wenselijk.²⁹

Wijziging is ook nodig ten aanzien van de bepaling in artikel 8 lid 1 richtlijn digitale inhoud over de rechten van derden: die bepaling brengt nu mee dat de leverancier dient te verzekeren dat de digitale inhoud 'vrij van rechten van derden, met inbegrip van op intellectuele eigendom gebaseerde rechten, zodat de digitale inhoud in overeenstemming met de overeenkomst kan worden gebruikt'.³⁰ Voor zover de digitale inhoud auteursrechtelijke bescherming geniet, zijn er echter rechten die de producent niet aan de leverancier kan overdragen. Het gaat dan om persoonlijkheidsrechten (ook wel: morele rechten), waaronder het niet-vervreemdbare recht van de auteur om zich te verzetten tegen verminkingen en misvormingen van het auteursrechtelijk beschermde werk.³¹ Nu het persoonlijkheidsrecht op de digitale inhoud blijft rusten, kan de leverancier van de digitale inhoud dus niet aan de verplichting van artikel 8 lid 1 richtlijn digitale inhoud voldoen en is dus per definitie sprake van non-conformiteit, ook in die gevallen waarin de digitale inhoud in overeenstemming met de aard van het auteursrecht zou worden gebruikt en van verminning of misvorming geen sprake is. Met een tekstuele aanpassing van het artikel lijkt dit probleem eenvoudig te verhelpen.

Digitale inhoud moet vaak worden geïnstalleerd om deze te kunnen gebruiken. In artikel 7 richtlijn digitale inhoud wordt in dit verband bepaald dat de leverancier ook aansprakelijk is voor non-conformiteit die het gevolg is van incorrecte *integratie* van de digitale inhoud in de digitale omgeving van de consument indien de digitale inhoud is geïntegreerd door of onder verantwoordelijkheid van de leverancier of deze moest worden geïntegreerd door de consument en de gebrekkige integratie het gevolg is van gebreken in de verstrekte of ten onrechte niet verstrekte instructies voor de integratie. Deze bepaling is duidelijk gebaseerd op de overeenkomstige bepalingen in artikel 2 lid 5 richtlijn consumentenkoop en artikel 6 richtlijn online verkoop, welke bepalingen

spreken over 'installatie'. De term 'integratie' lijkt te zijn gebruikt om duidelijk te maken dat het hier vooral gaat om het goed functioneren van de digitale inhoud in samenwerking met de digitale omgeving van de consument, die bestaat uit andere digitale inhoud (zoals bijvoorbeeld het *operating system*, zoals Windows of iOS, of programma's als Word), de hardware (de computer, tablet, laptop of smartphone, maar ook de printer), en de netwerkverbinding van de consument.³² Uit de omschrijving van het begrip 'digitale omgeving' wordt niet duidelijk of bijvoorbeeld ook *cloud* diensten en andere onder beheer van derden uitgevoerde diensten tot 'de digitale omgeving van de consument' behoren. Daarbij verdient opmerking dat dergelijke diensten steeds vaker een geïntegreerd onderdeel vormen van de digitale omgeving van de consument: zo worden *operating systems* als Windows, iOS en Android, en programma's als Word ten minste wekelijks voorzien van updates en dient door een leverancier te worden geïntegreerd. Om te voorkomen dat de richtlijn al verouderd is voordat ze is aangenomen, lijkt een ruime interpretatie (en een opmerking in dit kader in de preambule) gewenst.

Een van de meest vergaande bepalingen wordt gevormd door artikel 9 richtlijn digitale inhoud. Volgens dit artikel draagt de leverancier niet zes maanden (Richtlijn consumentenkoop) of twee jaar (richtlijn online verkoop), maar permanent de bewijslast dat een non-conformiteit niet al bestond op het moment van de aflevering van de digitale inhoud. Een uitzondering geldt echter wanneer de leverancier aantoonbaar dat de digitale omgeving van de consument niet compatibel is met de interoperabiliteitsvereisten en andere technische vereisten van de digitale inhoud en de leverancier de consument voor contractsluiting over deze vereisten had geïnformeerd. Deze uitzondering brengt mee dat de leverancier van digitale inhoud er belang bij heeft om voor contractsluiting informatie bij de consument in te winnen over de digitale omgeving van de consument, met name in die gevallen waarin de digitale inhoud moet worden geïnstalleerd op de computer van de consument en de leverancier overeenkomstig het bovenstaande aansprakelijk is voor gebreken die hierbij kunnen ontstaan. Wanneer de consument heeft nagelaten de gevraagde informatie te verschaffen, is de omkering van de bewijslast niet van toepassing. Daarbij geldt mijns inziens wel dat de leverancier duidelijk moet hebben gemaakt *waarom* hij de informatie nodig heeft, en dat de consument niet meer informatie hoeft mede te delen dan met het oog op de correcte uitvoering van de overeenkomst noodzakelijk is. Een duidelijke beperking van de *Obliegenheit* van de consument op dit punt ontbreekt echter vooralsnog in de richtlijn.

Een permanente omkering van de bewijslast lijkt een zware belasting voor de leverancier op te leveren. Volgens de toelichting bij de richtlijn is deze omkering

29. In deze zin ook Beale 2016, p. 20-21; Mak 2016b, p. 15.

30. Een soortgelijk probleem geldt overigens ten aanzien van art. 7 lid 1 richtlijn online verkoop, maar is daar minder relevant. De belangrijkste voorbeelden betreffen dan de koop van kunstwerken en de koop van boeken.

31. Zie art. 25 lid 1 onder d en lid 2 Auteurswet. Deze bepaling vloeit voort uit art. 6bis van de Conventie van Bern van 9 september 1886 inzake bescherming van literaire en artistieke werken, zoals nadien gewijzigd.

32. Zie art. 2 onder (2) en (8) richtlijn digitale inhoud. Mijns inziens zou ook hier de term 'installatie' overigens zonder probleem kunnen worden gebruikt.

gerechtvaardigd omdat digitale inhoud niet aan slijtage onderhevig is.³³ Dat is voor digitale inhoud die niet op een duurzame drager wordt geleverd, juist, maar dat is niet het geval voor digitale inhoud die op een dvd of cd wordt geleverd. Voor dergelijke digitale inhoud lijkt overname van de overeenkomstige bepaling uit de Richtlijn consumentenkoop of de richtlijn online verkoop meer op zijn plaats. Afgezien van deze situatie lijkt de argumentatie van de Europese Commissie overtuigend. Daarbij moet worden bedacht dat de digitale inhoud in beginsel alleen geschikt behoeft te zijn voor gebruik in de op dat moment bestaande digitale omgeving van de consument.³⁴ Met de aanschaf van nieuwe hard- of software of technische ontwikkelingen voor bestaande software kán de leverancier van de digitale inhoud in deze redenering geen rekening houden en hij hoeft dat ook niet, zodat hij ook niet behoeft in te staan voor de verdere comptabiliteit van de digitale inhoud met de digitale omgeving van de consument.³⁵ Dat betekent dat de digitale inhoud na verloop van tijd achterhaald is (als er nieuwere digitale inhoud op de markt is gebracht). De digitale inhoud zal dan veelal door de consument worden vervangen door nieuwe digitale inhoud of door de leverancier (al dan niet tegen betaling) worden geüpdatet. Hieronder zal echter uiteen worden gezet dat de consument in veel gevallen mag verwachten dat hij gedurende een redelijke termijn na levering van de digitale inhoud voorzien zal worden van updates, zodat deze redenering slechts in beperkte mate opgaat.

Een tweede nuancering van de zwaarte van de omkering van de bewijslast wordt gevormd door het feit dat de leverancier een beroep kan doen op de nationale regels inzake de verjaring van vordering.³⁶ Omdat de verjaringstermijnen niet zijn geharmoniseerd en zelfs geen minimumduur is bepaald gedurende welke de consument rechten moet kunnen doen gelden wegens non-conformiteit, is het de lidstaten toegestaan de duur van de verjaringstermijnen te bepalen. Naar geldend Nederlands recht vangt de verjaringstermijn van twee jaar aan bij de klacht over de non-conformiteit,³⁷ maar aangezien ook deze richtlijn de klachtplicht niet heeft overgenomen, zal voor de levering van digitale inhoud vermoedelijk terug moeten worden gevallen op de algemene verjaringstermijnen van de artikelen 3:306-3:313 BW. Die bepalingen komen er gewoonlijk op neer dat de consument een termijn van vijf jaar nadat hij bekend is geworden met de non-conformiteit, zal hebben om een vordering tot nakoming of ontbinding in te stellen.³⁸ Verdedigbaar lijkt echter om hier op nationaal niveau alsnog tot een verkorting van de verjaringstermijn te besluiten

om té vergaande aansprakelijkheid van de leverancier te voorkomen.³⁹

Bij duurovereenkomsten moet de digitale inhoud gedurende de looptijd van de overeenkomst aan de overeenkomst blijven voldoen.⁴⁰ Dat betekent dat bij dergelijke overeenkomsten updates per definitie deel uitmaken van de overeenkomst. Voor andere overeenkomsten tot levering van digitale inhoud kunnen uitdrukkelijke afspraken worden gemaakt over de levering van digitale inhoud.⁴¹ Waar dergelijke afspraken niet zijn gemaakt, mag de consument mijns inziens desalniettemin verwachten dat de leverancier er gedurende een redelijke, naar de omstandigheden van het geval te bepalen, periode zorg voor draagt dat de consument gebruik kan maken van de digitale inhoud en dat de leverancier dit gebruik zo nodig ondersteunt door middel van het zenden van gratis updates: zou een dergelijke verplichting niet op de leverancier rusten, dan zou veel digitale inhoud al kort na levering onbruikbaar zijn geworden.⁴² Dat geldt in het bijzonder voor updates die inmiddels ontdekte gebreken in de digitale inhoud moeten herstellen, aangezien de consument op grond van artikel 12 lid 1 richtlijn digitale inhoud in veel gevallen recht heeft op levering van dergelijke updates als remedie voor de gebrekkig gebleken digitale inhoud. Bovendien weet of behoort de leverancier van de digitale inhoud te weten dat de digitale omgeving van de consument aan verandering onderhevig is. Zo behoort een app-leverancier te weten dat het besturingssysteem van een smartphone regelmatig geüpdatet of vervangen wordt en zal van hem mogen worden verwacht dat hij de app kosteloos bijwerkt wanneer de update of vervanging van het besturingssysteem binnen betrekkelijk korte tijd na levering van de digitale inhoud plaatsvindt. Wanneer hij dat niet doet, is mijns inziens sprake van non-conformiteit, ook al bestond het gebrek nog niet op het moment van de aflevering van de digitale inhoud, aangezien de consument in een dergelijk geval op grond van de (stilzwijgende) afspraak in de overeenkomst een update mocht verwachten. De uit artikel 9 richtlijn digitale inhoud voortvloeiende omkering van de bewijslast brengt dan mee dat de leverancier dient te bewijzen dat hij niet bedacht behoefde te zijn op de wijziging van de digitale omgeving van de consument. De consument mag verwachten dat een professionele leverancier van digitale inhoud kort na de uitvoering van een update of een nieuwe versie van het besturingssysteem van de hardware daarvan op de hoogte is, zodat de leverancier de digitale inhoud zo nodig snel daarna dient te updaten.

33. Zie Explanatory Memorandum bij de richtlijn digitale inhoud, p. 12.

34. Zie art. 10 onder (b) richtlijn digitale inhoud.

35. Mak 2016b, p. 21.

36. Zie overweging (43) in de preambule bij de richtlijn digitale inhoud.

37. Art. 7:23 lid 2 BW.

38. Zie art. 3:311 en 3:312 BW.

39. Ook Mak 2016b, p. 19-21, acht de onbeperkte omkering van de bewijslast ten aanzien van de non-conformiteit, gecombineerd met de in tijd niet begrensde aansprakelijkheid van de leverancier, te ver gaan.

40. Zie art. 6 lid 3 en art. 10 onder (c) richtlijn digitale inhoud.

41. Zie ook art. 6 lid 1 onder (d) richtlijn digitale inhoud.

42. Zo ook Beale 2016, p. 27.

Remedies bij non-conformiteit van digitale inhoud

Net als bij de levering van roerende zaken staat bij non-conformiteit het recht op nakoming voorop en zijn het recht op ontbinding en op prijsvermindering te zien als subsidiaire remedies.⁴³ Anders dan bij de levering van roerende zaken kan de consument echter niet kiezen tussen herstel of vervanging: het is de leverancier die bepaalt hoe hij de digitale inhoud weer 'in overeenstemming met de overeenkomst brengt'. Daartoe kan hij bijvoorbeeld updates leveren of van de consument verlangen dat deze gebruikmaakt van een nieuwe kopie van de digitale inhoud door deze te downloaden of door zich op de server van de leverancier voor online toegang aan te melden.⁴⁴ Nakoming moet kosteloos, binnen redelijke termijn en zonder significant ongemak voor de consument te veroorzaken geschieden.⁴⁵ De consument heeft geen recht op nakoming indien nakoming onmogelijk, disproportioneel of in strijd met het recht is.⁴⁶ Door het ontbreken van een keuze tussen herstel of vervanging is de test of nakoming disproportionele kosten voor de leverancier met zich brengt, echter niet tegen de andere nakomingsvordering af te zetten, maar objectief te beoordelen. Daarbij moet rekening worden gehouden met de waarde van digitale inhoud die wel aan de overeenkomst beantwoordt en de ernst van het gebrek gelet op het normaal gebruik van de zaak.⁴⁷ Ik merk overigens op dat deze objectieve test, waarbij gekeken wordt naar het normaal gebruik van de digitale inhoud, moeilijk te verenigen lijkt met de subjectieve conformiteitseis die voortvloeit uit (de hierboven bestreden bepaling van) artikel 6 lid 1 richtlijn digitale inhoud. Door deze bepaling lijkt het mogelijk dat een leverancier uitdrukkelijk toezegt dat de te leveren digitale inhoud de consument in staat stelt om de digitale inhoud op een bepaalde manier te gebruiken, maar niet gehouden is om bij non-conformiteit de digitale inhoud alsnog voor dat gebruik geschikt te maken wanneer dit redelijkerwijs wel mogelijk, maar relatief duur is en het gebrek voor de gemiddelde consument, gelet op het *normaal* gebruik van de digitale inhoud, niet zwaarwegend is.

De consument heeft in vier gevallen recht op prijsvermindering of ontbinding van de overeenkomst:⁴⁸

- a. wanneer nakoming onmogelijk, disproportioneel of in strijd met het recht is;
- b. wanneer de leverancier niet binnen een redelijke tijd tot nakoming is overgegaan;
- c. wanneer nakoming significant ongemak voor de consument zou opleveren (bijvoorbeeld omdat de consument tijdelijk elders digitale inhoud moet aanschaffen); of

43. Zie art. 12 lid 3 richtlijn digitale inhoud; zie kritisch Mak 2016b, p. 24.

44. Zie overweging (36) in de preambule bij de richtlijn digitale inhoud.

45. Art. 12 lid 2 richtlijn digitale inhoud.

46. Zie art. 12 lid 1 richtlijn digitale inhoud.

47. Zie art. 12 lid 1 onder (a) en (b) richtlijn digitale inhoud.

48. Zie art. 12 lid 2 richtlijn digitale inhoud.

- d. wanneer de leverancier heeft verklaard dat hij niet tot nakoming zal overgaan of anderszins gelet op de omstandigheden van het geval duidelijk is dat de leverancier hiertoe niet bereid is.

Prijsvermindering overeenkomstig artikel 12 lid 4 richtlijn digitale inhoud is, gezien de omschrijving van het begrip prijs als een prestatie in geld,⁴⁹ alleen mogelijk indien de digitale inhoud tegen betaling van geld is geleverd.

Ontbinding is slechts toegestaan indien de non-conformiteit problemen veroorzaakt ten aanzien van de functionaliteit, interoperabiliteit of andere kerneigenschappen van de digitale inhoud, zoals de toegankelijkheid, continuïteit en veiligheid van de digitale inhoud. Overeenkomstig de Nederlandse regeling voor ontbinding⁵⁰ draagt de leverancier de bewijslast dat de tekortkoming niet ernstig genoeg is om ontbinding te rechtvaardigen.⁵¹ Wanneer de digitale inhoud tegen (actieve) verstrekking van persoonsgegevens door de consument heeft plaatsgevonden en het gebrek geen dergelijke kernprestaties raakt, kan de consument dus wel nakoming eisen, maar kan hij bij een weigering tot nakoming alleen schadevergoeding vorderen. Zeker in geval van een onterechte weigering tot nakoming waar nakoming wel van de leverancier gevergd kan worden, lijkt mij ontbinding echter zonder meer gerechtvaardigd.⁵² Als de richtlijn op dit punt niet gewijzigd wordt, zullen de remedies bij de levering van digitale inhoud in ruil voor de verstrekking van persoonlijke gegevens vermoedelijk tandeloze tijgers zijn.

Indien de consument de overeenkomst wil en mag ontbinden, dient hij de leverancier hiervan op de hoogte te brengen. Voor de ontbindingsverklaring geldt, anders dan naar geldend Nederlands recht gewoonlijk het geval is,⁵³ geen vormvereiste.⁵⁴ Bovendien behoeft de ontbinding niet binnen een bepaalde termijn na de ontdekking van de non-conformiteit plaats te vinden, aangezien ook in deze richtlijn een klachtplicht ontbreekt.⁵⁵ Ten slotte regelt ook deze richtlijn niet wanneer de ontbindingsverklaring haar werking heeft.⁵⁶ Indien de overeenkomst door Nederlands recht wordt beheerst, zal dit het geval zijn wanneer de ontbindingsverklaring is ontvangen door de leverancier.⁵⁷

Ontbinding heeft, evenals onder de richtlijn online verkoop, voor de leverancier vergaande consequenties. Na ontbinding moet de leverancier de door de consument betaalde prijs binnen veertien dagen terugbetalen.⁵⁸ Daarbij geldt volgens artikel 13 lid 4 richtlijn digitale inhoud dat de consument niet gehouden is te betalen

49. Art. 2 onder (6) richtlijn digitale inhoud.

50. Zie art. 6:265 en 7:22 lid 1 sub a BW.

51. Art. 12 lid 5 richtlijn digitale inhoud.

52. Vgl. ook Fauvarque-Cosson 2016, p. 9; Mak 2016b, p. 15.

53. Zie art. 6:267 BW, dat veelal een schriftelijke verklaring vereist.

54. Art. 13 lid 1 richtlijn digitale inhoud.

55. Zie ook Fauvarque-Cosson 2016, p. 16, die ervoor pleit dat ontbinding 'binnen een redelijke termijn' moet plaatsvinden.

56. Fauvarque-Cosson 2016, p. 13.

57. Zie art. 3:37 lid 3 BW.

58. Art. 13 lid 2 onder (a) richtlijn digitale inhoud.

voor de voorafgaande aan de ontbinding geleverde digitale inhoud; voor zover het gaat om een duurovereenkomst is ontbinding volgens lid 5 echter alleen mogelijk voor de periode vanaf welke de digitale inhoud niet (langer) aan de overeenkomst beantwoordde. De bepaling van het vierde lid betekent dat ook voor de levering van digitale inhoud geen gebruiksvergoeding bestaat in geval van ontbinding van de overeenkomst. Dat is mijns inzien té vergaand voor zover de consument de digitale inhoud aanvankelijk, maar gedurende geruime tijd, zonder problemen heeft kunnen gebruiken. Daarbij geldt dat – anders dan onder de richtlijn online verkoop – de conformiteitsregel niet beperkt is in de tijd, zodat de leverancier mogelijk jaren later nog geconfronteerd kan worden met de ontbinding van de overeenkomst.

Op zijn beurt mag de consument na ontbinding niet langer gebruikmaken van de digitale inhoud, moet hij een eventuele kopie verwijderen en moet hij, wanneer de digitale inhoud op een duurzame drager zoals een dvd is geleverd, deze op verzoek van de leverancier binnen veertien dagen terugzenden.⁵⁹ De richtlijn kent overigens geen afzonderlijke sanctie voor het geval de consument deze verplichting schendt, zodat hiervoor moet worden teruggevallen op het Nederlandse recht.⁶⁰ Het zal in veel gevallen overigens moeilijk voor de leverancier te controleren en/of te bewijzen zijn dat de consument zijn verplichtingen heeft geschonden voor zover het niet gaat om de verplichting tot terugzending van digitale inhoud op een duurzame drager.⁶¹ Nuttiger lijkt de bevoegdheid van de leverancier om zelf het gebruik van de digitale inhoud te verhinderen in die gevallen waarin de consument gebruik moet maken van een gebruikersaccount bij de leverancier of waarin hij de consument op andere wijze de toegang tot de digitale inhoud kan onthouden.⁶²

Onduidelijk is of de consument een recht op opschorting toekomt voor het geval de leverancier de prijs niet binnen veertien dagen heeft terugbetaald: enerzijds kan worden verdedigd dat een dergelijk recht hem overeenkomstig het nationale contractenrecht toekomt,⁶³ terwijl anderszins zou kunnen worden verdedigd dat de rechten die de consument in geval van non-conformiteit toekomen, uitputtend zijn geregeld in de artikelen 10-14 richtlijn digitale inhoud en dat alleen de gevolgen van de ontbinding van de overeenkomst en de voorwaarden voor uitoefening van het recht op schadevergoeding aan de lidstaten is overgelaten. Opmerkelijk genoeg is evenmin bepaald dat de consument recht heeft op vergoeding van wettelijke rente ten aanzien van de terug te betalen bedragen, laat staan dat aangegeven wordt of die verbintenis reeds opeisbaar is vanaf het moment van de non-conformiteit, vanaf het moment van de ontbinding

van de overeenkomst of vanaf het verstrijken van de termijn van veertien dagen.⁶⁴

Voor zover de consument gegevens heeft verstrekt (al dan niet naast betaling van een prijs in geld) in ruil voor de digitale inhoud, dient de leverancier alle redelijke maatregelen te nemen om verder gebruik van die gegevens te voorkomen. Daarnaast dient de consument kosteloos door de leverancier in staat te worden gesteld om binnen een redelijke termijn en in een gebruikelijk bestandstype de door hem gebruikte of ter beschikking gestelde digitale inhoud van de servers of uit de *cloud* van de leverancier te halen, zodat de consument deze digitale inhoud desgewenst bij een andere leverancier kan gebruiken of opslaan.⁶⁵ Onder de te verwijderen en door de consument weg te nemen digitale inhoud valt ook digitale inhoud die door de consument zelf is ontwikkeld, zogenoemde *user-created* of *user-generated digital content*. Dergelijke digitale inhoud wordt vaak op basis van *open-source* bronnen ontwikkeld door meerdere gebruikers.⁶⁶ Voor zover andere gebruikers de digitale inhoud verder willen gebruiken, behoeft de leverancier deze digitale inhoud niet te verwijderen. Ook gegevens die geanonimiseerd bijdragen aan *big data* behoeven niet te worden gewist.⁶⁷ Onduidelijk is echter hoe ver deze uitzondering gaat. Is bijvoorbeeld een foto die op Snapshot of Facebook is gedeeld nog wel te verwijderen door de leverancier van die dienst? En hoe zit dat met een post van de consument in een discussie waar vervolgens door andere gebruikers op is gereageerd? Als ook in dergelijke gevallen het recht om het verdere gebruik van de digitale inhoud te voorkomen niet kan worden uitgeoefend, dan blijft van dat recht maar weinig over.

De richtlijn kent de consument ten slotte een beperkt recht op schadevergoeding toe: alleen economische schade toegebracht aan de digitale omgeving van de consument komt volgens artikel 14 lid 1 richtlijn digitale inhoud voor vergoeding in aanmerking. De bepaling geeft voorts aan dat de schadevergoeding de consument zoveel mogelijk in de positie moet brengen als waarin hij zou hebben verkeerd indien de digitale inhoud aan de overeenkomst zou hebben beantwoord. Nationaal recht bepaalt verder de voorwaarden waaronder het recht op schadevergoeding kan worden uitgeoefend, zo volgt uit lid 2. Nu de richtlijn van volledige harmonisatie uitgaat, brengt artikel 14 lid 1 mee dat het lidstaten niet vrij zou staan om schadevergoeding wegens immaterieel leed of wegens letselschade te vorderen,⁶⁸ en dat lijkt ook uit-

59. Art. 13 lid 2 onder (d) en (e) richtlijn digitale inhoud.

60. Zie art. 3 lid 9 richtlijn digitale inhoud.

61. Zo ook Mak 2016b, p. 25-26.

62. Zie art. 13 lid 3 richtlijn digitale inhoud.

63. Zie in dit verband art. 3 lid 9 richtlijn digitale inhoud.

64. Zo ook Fauvarque-Cosson 2016, p. 14, die lijkt te suggereren dat het verstrijken van de veertiendagentermijn leidend zou moeten zijn. Naar geldend Nederlands recht ligt het moment van ontbinding meer voor de hand, zie art. 6:271 jo. 83 sub b BW.

65. Zie art. 13 lid 2 onder (c) richtlijn digitale inhoud.

66. Zie bijvoorbeeld de eerder genoemde CAD-files, waarover Twigg-Flesner 2016, p. 36.

67. Art. 13 lid 2 onder (b) richtlijn digitale inhoud.

68. In deze zin ook Beale 2016, p. 23-24; Notaries of Europe, *Position Paper on the proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods (COM (2015) 635) and a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (COM (2015) 634)*, p. 2. Deze position paper kan worden gedownload via <www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=13390> (laatstelijk bezocht op 30 maart 2016).

drukkelijk zo te zijn beoogd.⁶⁹ Andere vormen van schade zijn echter heel wel mogelijk. Het meest voor de hand ligt dat de consument kosten moet maken om de digitale inhoud (al dan niet tijdelijk) te vervangen of te laten repareren.⁷⁰ Immateriële schade is voorzienbaar indien bijvoorbeeld digitale foto's of andere, voor de consument waardevolle, herinneringen teniet zijn gegaan.⁷¹ Een veiligheidsgebrek in de digitale inhoud kan ertoe leiden dat derden persoonsgegevens verkrijgen en daarmee geld stelen van de bankrekening van de consument.⁷²

Ten slotte kan gebrekkige digitale inhoud ook leiden tot letselschade, bijvoorbeeld wanneer de digitale inhoud is geïntegreerd in een roerende zaak en de digitale inhoud de oorzaak is voor het disfunctioneren van die roerende zaak. Die disfunctionerende zaak kan vervolgens leiden tot letselschade. Voor zover het gaat om *embedded software*, bijvoorbeeld digitale inhoud die in een auto of een koelkast is verwerkt, is niet deze richtlijn, maar de Richtlijn consumentenkoop of de richtlijn online verkoop van toepassing, omdat het in dat geval uiteindelijk om een non-conformiteit van de roerende zaak gaat.⁷³ Het is echter ook mogelijk dat de gebrekkige digitale inhoud schade veroorzaakt aan de digitale omgeving van de consument, bijvoorbeeld doordat de hardware overbelast raakt. Denkbaar is dat in een dergelijk geval de hardware letselschade veroorzaakt. Om twee voorbeelden te geven: de computer kan van de gebrekkige digitale inhoud een opdracht krijgen als gevolg waarvan de computer ontploft; een *virtual reality*-bril kan door de gebrekkige digitale inhoud brandwonden of oogproblemen veroorzaken. Wanneer de producent van de hardware het probleem met de hardware had kunnen kennen, zal hij op grond van productaansprakelijkheid aansprakelijk zijn, terwijl ook de verkoper van de hardware aansprakelijk zou kunnen zijn op grond van non-conformiteit. Deze partijen zouden vervolgens eventueel regres kunnen zoeken op de leverancier van de digitale inhoud. Wanneer de producent en de verkoper van de hardware echter een beroep op overmacht kunnen doen omdat de oorzaak van het probleem te vinden is in de digitale inhoud en hun geen verwijt kan worden gemaakt dat zij geen afdoende maatregelen hebben genomen om de schade te voorkomen, zie ik geen reden waarom in een dergelijk geval de consument niet een beroep zou moeten kunnen doen op schadevergoeding tegenover de leverancier van de digitale inhoud als voor het overige aan de eisen voor schadevergoeding onder het toepasselijke recht is voldaan.

Besluit

De beide besproken richtlijnen zullen de komende tijd de aandacht van civielrechtelijk Europa hebben. Daarbij lijkt de richtlijn digitale inhoud redelijk onomstreden – uiteraard zullen aanpassingen moeten plaatsvinden, maar over de kern lijken industrie, consumentenorganisaties, wetenschappers en ambtenaren van de lidstaten redelijk positief. Deze richtlijn heeft bovendien het voordeel dat in de meeste lidstaten nog geen regelgeving bestaat, terwijl daar wel behoefte aan is. Alleen Groot-Brittannië heeft op dit moment uitgebreide regelgeving,⁷⁴ terwijl de levering van digitale inhoud in Nederland in sommige gevallen als consumentenkoop kan worden gedefinieerd. Deze richtlijn zou dan ook op relatief korte termijn kunnen worden aanvaard.

Voor de in de vorige aflevering van dit tijdschrift besproken richtlijn online verkoop ligt dat geheel anders. Het toepassingsgebied van die richtlijn – voor zover die niet wordt aangepast naar aanleiding van de *fitness check* van de Richtlijn consumentenkoop – garandeert abstracte discussies over de wenselijkheid van verschillende regimes voor consumentenkoopovereenkomsten, terwijl het streven naar volledige harmonisatie mee zal brengen dat er discussie bestaat over het niveau van de consumentenbescherming. Ik merk daarbij wel op dat het huidige richtlijnvoorstel aanmerkelijk evenwichtiger overkomt dan het oorspronkelijke voorstel voor de Richtlijn consumentenrechten, waarbij het minimumniveau van de Richtlijn consumentenkoop het maximumniveau werd. Bij de richtlijn online verkoop staan verslechtingen op het ene punt tegenover duidelijke verbeteringen op andere punten. Dat maakt dat de vraag of het niveau van consumentenbescherming hoog *genoeg* is, tot een rechtspolitieke vraag. Deze bijdrage leent zich niet om hierover een uitspraak te doen, maar wel voor een voorspelling: dit richtlijnvoorstel zal onderwerp van langdurige en kritische besprekingen worden. Aanvaarding van dit richtlijnvoorstel zal dan ook niet op korte termijn mogen worden verwacht.

69. Zie het Explanatory Memorandum, p. 13.

70. Zie ook Mak 2016b, p. 27.

71. Dat immateriële schade mogelijk is, wordt expliciet onderkend in overweging (4) in de preambule van de richtlijn digitale inhoud.

72. Mak 2016b, p. 27.

73. Zie overweging (12) in de preambule van de richtlijn digitale inhoud.

74. Zie Chapter 15 van de Consumer Rights Act 2015, waarvan Part 1, Chapter 3 (sections 33-47) gewijd is aan digitale inhoud.