

De voorgenomen implementatie van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud. Een reactie op het voorontwerp voor de Implementatiewet

Prof. Dr. M.B.M. Loos

Inleiding

Graag maak ik gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het voorontwerp voor de Implementatiewet verkoop goederen en levering digitale inhoud (hierna: het wetsvoorstel) en op het voorontwerp voor de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (hierna: de memorie van toelichting). Het gaat hier om de implementatie van twee belangrijke richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht: de nieuwe Richtlijn levering digitale inhoud en de Richtlijn verkoop goederen. Terecht wordt al in het begin van de memorie van toelichting (p. 2) opgemerkt dat de Richtlijn levering digitale inhoud een juridische leemte vult. Met de implementatie van de beide richtlijnen wordt het privaatrecht meer bij de tijd gebracht. Ik merk in dit verband op dat het wenselijk is dat snel ook uitgebreidere regelgeving wordt ontwikkeld voor de verkoop van goederen en diensten via platforms (online marktplaatsen). De onlangs aangenomen Moderniseringsrichtlijn biedt hiervoor wel een eerste aanzet, maar materiële regels voor de relatie tussen consument en platform ontbreken grotendeels: de nieuwe richtlijn bevat slechts informatieplichten voor de online platforms en miskent daarmee dat de platforms zelf een belangrijke economische actor zijn. Weliswaar bepaalt deze nieuwe richtlijn dat de Richtlijn consumentenrechten ook voor deze platforms geldt, maar de toepasselijkheid van de Richtlijnen oneerlijke bedingen en oneerlijke handelspraktijken blijft een open kwestie nu het toepassingsgebied van deze richtlijnen niet expliciet wordt uitgebreid tot 'gratis' diensten.

In deze reactie op de internetconsultatie volg ik zoveel mogelijk de indeling van de memorie van toelichting.

Wijze van implementatie

Blijkens de memorie van toelichting (p. 7) wordt er terecht voor gekozen om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de systematiek van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Aangezien de Richtlijn verkoop goederen grotendeels een modernisering van de Richtlijn consumentenkoop vormt en deze richtlijn al geïmplementeerd was in Titel 7.1 BW, is de keuze voor implementatie van de Richtlijn verkoop goederen via wijziging van Titel 7.1 BW voor de hand liggend. Het toepassingsgebied van deze richtlijn is – zonder dat met zoveel woorden te zeggen – beperkt tot overeenkomsten waarbij de consument zich verbindt een prijs in geld te betalen. Dat sluit nadrukkelijk schenkingsovereenkomsten uit van het toepassingsgebied van de richtlijn, maar ook ruilovereenkomsten, dat wil zeggen overeenkomsten waarbij de koper niet betaalt in geld, maar door levering van een andere zaak. Met de invoering van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek in 1992 is gekozen voor het onderbrengen van ruilovereenkomsten in Titel 7.1 BW, en te bepalen dat de koopbepalingen van overeenkomstige toepassing zijn, met dien verstande dat partijen over en weer als koper worden aangemerkt ten aanzien van de prestatie die zij ontvangen, en als verkoper ten aanzien van de prestatie die zij leveren (art. 7:50 BW). De systematiek van het BW brengt mee dat voor zover bij een ruilovereenkomst enerzijds een consument en anderzijds een professionele partij betrokken zijn, ook de dwingendrechtelijke regels van de consumentenkoop van toepassing zijn ten aanzien van de aan de consument te leveren zaak. Dat acht ik terecht, aangezien er geen steekhoudende redenen zijn waarom andere regels zouden moeten gelden voor overeenkomsten waarbij een koper een bedrag in geld betaalt dan voor overeenkomsten waarbij de koper 'betaalt' door levering van een andere zaak. Dat geldt te meer nu in de praktijk regelmatig sprake is van

mengvormen tussen koop en ruil. Zo kopen veel consumenten een nieuwe of tweedehands auto onder inlevering van hun oude auto en bijbetaling van een prijs in geld. De keuze van de Nieuw BW-wetgever maakt toepassing van het recht op dergelijke mengvormen aanzienlijk eenvoudiger dan anders het geval zou zijn geweest. Om dezelfde reden acht ik het terecht dat ook de met de implementatie van de Richtlijn verkoop goederen in te voeren wetwijzigingen op deze consumenten-ruilovereenkomsten van toepassing zullen zijn.

De regering heeft ervoor gekozen om de Richtlijn levering digitale inhoud in een nieuwe titel van Boek 7 te implementeren. Nu deze richtlijn niet alleen betrekking heeft op de levering van digitale ‘zaken’ maar, in belangrijke mate, ook op de levering van digitale diensten, lijkt mij deze keuze terecht. In het voorontwerp wordt ervoor gekozen om de bepalingen te plaatsen in een Titel 7.1AA te implementeren, direct na de schakelbepaling van art. 7:50 BW voor ruilovereenkomsten, met invoeging van de artikelen 7:50aa-50ao ontwerp-BW. Deze titel komt daarmee vóór Titel 7.1A (art. 7:50a-50i BW), welke dient ter implementatie van de Richtlijn timeshare en vakantieproducten. Hoewel ik de plaatsing direct na Titel 7.1 BW op zich juist acht gelet op de nauwe verwevenheid tussen de regels voor koop en de regel voor de levering van digitale inhoud, is de nummering buitengewoon ongelukkig: zowel de titelnummering als de artikelnummering zou doen vermoeden dat de regeling voor de levering van digitale inhoud volgen op de bepalingen over timeshare. Ik geef de regering graag in overweging om dit anders op te lossen. De huidige Titel 7.1A BW kan eenvoudig worden hernoemd tot Titel 7.1B BW, waarna de nieuwe regeling voor de levering van digitale inhoud kan worden opgenomen in de nieuwe Titel 7.1A BW. Daarmee zou ook hier de systematiek van Titels 7.2, 7.2A en 7.2B BW worden gevolgd. Ten aanzien van de artikelnummering stel ik voor art. 7:49 (de definitiebepaling voor ruil) en 7:50 BW (de schakelbepaling) te vernummeren tot art. 7:48a en 7:48b BW: de overeenkomstige artikelen uit de vroegere afdeling 7.10A zijn met de implementatie van de Richtlijn timeshare en vakantieproducten immers komen te vervallen. Voor de rechtspraak zal dit bovendien geen problemen opleveren: in de op rechtspraak.nl gepubliceerde vonnissen, arresten en conclusies leveren de zoektermen ‘7:49 BW’ en ‘7:50 BW’ geen enkele treffer op. Dat biedt de mogelijkheid om de bepalingen ter implementatie van de Richtlijn levering digitale inhoud op te nemen in de nieuwe art. 7:49-49n BW. Daarmee zullen vermoedelijk vele onjuiste wetsaanduidingen worden voorkomen. Dat biedt bovendien de mogelijkheid om toekomstige toevoegingen aan deze nieuwe titel eenvoudiger in te passen. Dat dergelijke toevoegingen noodzakelijk zullen blijken te zijn, ligt gezien de snelle technologische en juridische ontwikkelingen ten aanzien van digitale inhoud en digitale diensten voor de hand. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat op betrekkelijk korte termijn alsnog op Europees niveau materiële regels over de contractuele verhouding tussen consumenten en platforms worden ontwikkeld. Deze zouden dan eenvoudig kunnen worden ingevoegd in de openstaande artikelnummers. In het onderstaande zal ik omwille van de duidelijkheid echter aansluiten bij de nummering in het wetsvoorstel.

Geen extra regels of beleid

In het wetsvoorstel wordt volgens de memorie van toelichting (p. 7), overeenkomstig art. 9.4 Aanwijzingen voor de regelgeving, ervoor gekozen om geen gebruik te maken van de opties in de richtlijnen en geen extra regels of beleid toe te voegen. Art. 9.7 van de Aanwijzingen geeft echter aan dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij instrumenten waarin de bestaande regelgeving reeds voorziet. Deze beide aanwijzingen kunnen (ogenschijnlijk) met elkaar in conflict zijn wanneer een richtlijn minimumharmonisatie bevat en het geldende nationale recht de consument meer bescherming biedt dan het uit de richtlijn voortvloeiende minimum: beide aanwijzingen beogen immers om vertraging bij de implementatie te voorkomen, maar leiden hier tot verschillende uitkomsten. Het is mijns inziens juist als in een dergelijk geval

aan wordt gesloten bij het tot het moment van de implementatie geldende recht, aangezien daarmee (nieuwe) rechtsonzekerheid wordt voorkomen. Bovendien is een dergelijke keuze in overeenstemming met het beoogde doel van het waarborgen van een hoog niveau van consumentenbescherming. Het is in dat kader immers moeilijk te rechtvaardigen waarom de implementatie van nieuwe Europese regels zou moeten leiden tot een (niet op grond van het Europese recht verplichte) verlaging van het niveau van consumentenbescherming.

Een belangrijk voorbeeld van een dergelijk (potentieel) conflict tussen de Aanwijzingen bieden art. 10 lid 1-3 en art. 12 Richtlijn verkoop goederen. De leden 1 en 2 van art. 10 brengen mee dat de aansprakelijkheid van de verkoper voor non-conformiteit in beginsel is beperkt tot gebreken in de zaak of in de mee- of nadien geleverde digitale inhoud die binnen twee jaar na aflevering van de zaak aan het licht zijn gekomen. Het staat de lidstaten volgens het derde lid echter vrij om langere termijnen te handhaven of in te voeren. Art. 12 biedt de lidstaten de mogelijkheid om een klachtplicht voor ontdekte gebreken in te voeren. Uit de memorie van toelichting blijkt niet duidelijk dat Nederland van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt: alleen uit de bijgevoegde transponeringstabel (p. 62-63) blijkt dat de regering van oordeel is dat noch de termijn voor aansprakelijkheid, noch de klachtplicht implementatie behoeft. De keuze van de wetgever is echter goed te verdedigen. Zowel de beperking van de aansprakelijkheid tot twee jaar als de mogelijkheid om een klachtplicht in te voeren of te handhaven kwamen ook al voor in de Richtlijn consumentenkoop. In Nederland is er destijds voor gekozen de beperking niet over te nemen, omdat (al sinds de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992) wordt uitgegaan van de gerechtvaardigde verwachtingen die de koper van de zaak mag hebben (art. 7:17 lid 2 BW). Wanneer de koper van een zaak een langere gebruiksduur dan twee jaar mag verwachten – zoals bij de koop van een nieuwe auto of computer – zou de koper de zaak gedurende die langere termijn ook daadwerkelijk moeten kunnen gebruiken (afgezien van gebreken ten gevolgen van normale slijtage). Daar staat echter tegenover dat wanneer de consument een gebrek daadwerkelijk heeft ontdekt, hij daarvan vervolgens wel binnen bekwame tijd melding moet doen aan de verkoper. De wetgever is van oordeel dat de combinatie van de open regeling van art. 7:17 lid 2 BW en de handhaving van de klachtplicht werkt en dat daarom geen aanleiding bestaat voor een beleidsaanpassing. Dat standpunt lijkt mij goed te verdedigen, te meer omdat de ruimere aansprakelijkheidsduur niet beperkt is tot consumentenkoop-overeenkomsten: zij geldt ook wanneer de koper een professionele koper is (B2B-overeenkomst) of wanneer zowel de verkoper als de koper particulieren zijn (C2C-overeenkomst). Invoering van de beperking van de aansprakelijkheid van de verkoper tot twee jaar zou dus 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.

De keuze van de Nederlandse wetgever betekent wel dat op enkele belangrijke punten wel degelijk gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot afwijking van de richtlijn. Een dergelijke afwijking – hoe terecht die volgens mij ook is – zou naar mijn mening expliciet onder de aandacht van het parlement moeten worden gebracht. Dat geldt te meer omdat ook gekozen had kunnen worden voor een alternatief regime: beperking van de aansprakelijkheid tot 2 jaar na aflevering, maar gedurende die gehele periode een omkering van de bewijslast ten aanzien van de vraag of het gebrek al bestond op het moment van aflevering. Deze combinatie van regels zou eveneens kunnen leiden tot een hoog niveau van consumentenbescherming. De regering merkt terecht (p. 9) op dat de verlenging van de

omkering van de bewijslast op dit punt zou leiden tot een (niet op grond van het Europese recht noodzakelijke) verzwaring van de lasten, maar die verzwaring zou worden weggenomen door de beperking van de duur van de aansprakelijkheid. Wel wijst de regering er terecht op dat met dit alternatieve systeem zou worden afgeweken van de overeenkomstige regeling voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, dat niet de mogelijkheid biedt voor een omkering van de bewijslast gedurende twee jaar na aflevering. Het is dan ook goed verdedigbaar dat de regering kiest voor een ‘uniforme termijn voor de omkering van de bewijslast voor goederen en voor digitale inhoud en digitale diensten’, zoals zij schrijft in de memorie van toelichting.

De uniforme termijn gaat bovendien gepaard met een verschil ten aanzien van de klachtplicht. Art. 12 Richtlijn verkoop goederen staat het handhaven van een klachtplicht voor de koop van zaken (en zaken met digitale elementen) nadrukkelijk toe, en de regering acht die ook noodzakelijk om de ruimere termijn van aansprakelijkheid wegens non-conformiteit te rechtvaardigen: ‘Klachtplicht in artikel 7:23 lid 1 BW in samenhang met de verjaringstermijn in artikel 7:23 lid 2 BW maakt dat het Nederlandse open systeem werkt. Dit geldt ook voor zaken met digitale elementen. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing’, aldus de regering in de transponeringstabel. De Richtlijn digitale inhoud staat een overeenkomstige klachtplicht voor digitale inhoud en digitale diensten juist niet toe. Art. 7:50a lid 2 BW (ontwerp) bepaalt dan ook terecht dat art. 6:89 BW niet van toepassing is op overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van Titel 7.1.AA BW (ontwerp) vallen. Maar daarmee gaat de uniformering van de termijn ten aanzien van de omkering van de bewijslast dus ten koste van een verschil ten aanzien van de regeling van de klachtplicht.

Voor beide keuzes geldt dat de door regering gemaakte keuze mijns inziens de juiste is, maar dat zij naar mijn mening niet behoort te worden verstoep in een transponeringstabel.

Het begrip ‘consument’

Het is echter wel te betreuren dat de regering niet de mogelijkheid te baat heeft genomen om hetzij in de definitiebepalingen, hetzij in de memorie van toelichting iets te zeggen over de toepasselijkheid van de regels voor de consumentenkoop en voor digitale inhoud en digitale diensten in geval van zogenaamde ‘dual purpose’-contracten: overeenkomsten waarbij de zaak, de digitale inhoud of de digitale dienst aangeschaft en naar zijn aard ook bestemd is voor zowel zakelijk als privé-gebruik. Hiervan is bijvoorbeeld wanneer iemand een koffer koopt voor vakanties en zakenreizen, of een laptop om mee te gamen en als tekstverwerker te gebruiken. Bij een letterlijke uitleg van het begrip ‘consument’, zoals dat thans in art. 7:5 lid 1 BW is omschreven, kan de koper van de koffer of de laptop niet als consument worden beschouwd omdat hij *niet alleen* handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit. Daarmee zou de koopovereenkomst al snel als een koop tussen twee professionele partijen kunnen worden aangemerkt, terwijl de koper zich in dergelijke situaties in vrijwel niets onderscheidt van een ‘gewone’ consument. De richtlijn – die van een beperkte definitie uitgaat – voorziet in de preambule echter expliciet in de mogelijkheid dat dergelijke overeenkomsten onder het toepassingsgebied van de implementatiewetgeving worden gebracht indien het zakelijke element ‘niet overheersend’ is. Ook een uitbreiding van het toepassingsgebied tot natuurlijke personen of rechtspersonen die buiten de omschrijving van het begrip ‘consument’ vallen, zoals

tot gevallen waarin de wederpartij van de verkoper of leverancier een ngo, een start-up of een kleine onderneming is, is toegestaan. Of de koper van een koffer of laptop die voor zowel privé- als zakelijk gebruik is bestemd, of een zzp’er die een computer koopt voor zijn administratie als consumenten moet worden behandeld, is uiteraard een rechtspolitieke vraag,

maar wel een vraag die een politieke discussie behoeft. Naar geldend recht zal de zzp'er ongetwijfeld niet als consument worden beschouwd aangezien voor hem het zakelijk gebruik van de computer overheerst, maar voor de koper van de koffer of de laptop is dat onduidelijk. Voor de rechtspraktijk zou een discussie hierover in de parlementaire geschiedenis nuttig zijn.

Het recht op updates

Een van de belangrijkste wijzigingen die voortvloeien uit de beide richtlijnen is het recht van de consument op levering van updates indien deze noodzakelijk zijn om de gekochte zaak met digitale elementen dan wel de digitale inhoud of de digitale dienst zelf te kunnen blijven gebruiken. Dat is mijns inziens te algemeen gesteld. De norm waaraan getoetst wordt, is of de updates 'nodig zijn om de conformiteit van die goederen te handhaven' dan wel 'om de geleverde digitale inhoud of de digitale dienst te laten beantwoorden aan de overeenkomst' (art. 7:18 lid 4 en art. 7:50ae lid 3 ontwerp-BW). De regering merkt in dit verband op dat de verkoper van de zaak of de leverancier van de digitale inhoud of dienst 'normaliter niet verplicht [is] om upgrades naar bijvoorbeeld een nieuwe versie van een besturingssysteem te geven, tenzij anders is overeengekomen in de (koop)overeenkomst.' Deze opmerking is problematisch. Het is van algemene bekendheid dat besturingssystemen met enige regelmaat worden geüpgraded. Uiteraard kan van de leveranciers van onder dat besturingssysteem draaiende digitale inhoud niet worden verwacht dat zij al vooruitlopen op een latere upgrade van het besturingssysteem. Als de digitale inhoud of dienst echter niet wordt aangepast aan het geüpgraded besturingssysteem, zal de zaak met digitale elementen of de digitale inhoud of dienst veelal (na enige tijd) niet langer bruikbaar zijn. Uiteraard is het een kwestie van uitleg wat is overeengekomen in de overeenkomst en wat de consument van de geleverde zaak, digitale inhoud of dienst mag verwachten, maar het uitgangspunt zal moeten zijn dat hij gedurende een *redelijke* periode na de oorspronkelijke levering van de zaak, digitale inhoud of digitale dienst *mag* verwachten dat een later upgrade van het besturingssysteem zal leiden tot een daarop aansluitende update of upgrade van het geleverde. De geciteerde passage uit de memorie van toelichting is mijns inziens dan ook te voorzichtig. De vraag wat een redelijke periode is waarbinnen de updates of upgrades moeten worden geleverd, is echter niet *in concreto* te beantwoorden: terecht wordt hierover opgemerkt dat het gaat om een open (Europese) norm die overeenstemt met het Nederlandse stelsel, en dat deze norm uiteindelijk door het Hof van Justitie zal moeten worden ingevuld.

Het is overigens de vraag in hoeverre het recht op updates feitelijk door de consument (of, in een collectieve actie-procedure, door een consumentenorganisatie) kan worden afgedwongen. Volgens het systeem van de richtlijn en het wetsvoorstel rust de verplichting tot het leveren van de updates op de verkoper van de zaak met digitale elementen dan wel de handelaar met wie de consument een overeenkomst tot levering van de digitale inhoud of de digitale dienst heeft gesloten— hierna gezamenlijk: de handelaar. In veel gevallen zal deze handelaar zelf niet in staat zijn om de update te leveren: deze zal feitelijk moeten worden geproduceerd en geleverd door de fabrikant van het product of de producent van de digitale inhoud of dienst. In de memorie van toelichting wordt in dit verband opgemerkt dat de handelaar daartoe afspraken zal moeten maken met de fabrikant of de producent. In de tekst van de wetsbepalingen wordt hier wel deels in voorzien door te bepalen dat de handelaar ervoor 'zorgt' dat de updates aan de consument worden gemeld en geleverd. Deze formulering maakt duidelijk dat het om een resultaatsverbintenis gaat, en dat niet-nakoming daarvan als een non-conformiteit van de zaak, de digitale inhoud of de digitale dienst moet worden gezien.

Wanneer de fabrikant of producent van de digitale inhoud of dienst de update niet levert, is een *vordering* tot het leveren van een update echter niet erg kansrijk: daarvoor is immers

vereist dat van de verkoper of handelaar kan worden gevegd dat hij de update levert, wat meebrengt dat de levering van de update geen onevenredige kosten voor de verkoper of handelaar mag opleveren. Wanneer de producent van de digitale inhoud of dienst weigert de update (te produceren en) te leveren, zal de verkoper de update niet kunnen (laten) leveren, en dus zal dan de nakomingsvordering worden afgewezen. Bovendien heeft de handelaar ook nauwelijks instrumenten in handen om de fabrikant of producent te dwingen de update te leveren. Voor de consument rest dan slechts een vordering tot schadevergoeding, prijsvermindering of terugbetaling na ontbinding van de overeenkomst. In theorie kan de handelaar vervolgens regres zoeken op de weigerachtige producent: de wet kent in dit verband twee verschillende regresbepalingen. Voor de verkoper is regres mogelijk op grond van het dwingendrechtelijke art. 7:25 BW. De handelaar met wie de consument een overeenkomst tot levering van de digitale inhoud of de digitale dienst heeft gesloten, kan een beroep doen op de overeenkomstige bepaling van art. 7:50a BW (ontwerp), maar deze bepaling is van aanvullend recht en kan dus in de contractuele keten tussen handelaar en producent worden weggecontracteerd. Voor beide detailhandelaars geldt echter dat wanneer zij een bestendige handelsrelatie met de producent van de digitale inhoud of dienst hebben, regres feitelijk een dode letter is omdat daarmee de handelsrelatie in gevaar wordt gebracht.

De handelaar heeft bovendien nog een andere mogelijkheid om te ontkomen aan aansprakelijkheid: hij kan de consument ten tijde van de contractsluiting er 'uitdrukkelijk' over informeren dat de consument geen updates mag verwachten. Indien de zaak of de digitale inhoud of dienst na verloop van (enige) tijd dan niet langer functioneert, zou van non-conformiteit geen sprake meer zijn indien de consument het ontbreken van updates 'uitdrukkelijk en afzonderlijk' heeft aanvaard.

Het gevaar bestaat dan ook dat de verplichting tot het zorgen voor de levering van updates een dode letter zal worden. Ik denk dan ook dat het goed zou zijn om 2 jaar na inwerkingtreding van de implementatiewet – op nationaal of Europees niveau – te evalueren in hoeverre de updateverplichting de consument een effectief instrument heeft geboden om ervoor te zorgen dat hij de zaak, digitale inhoud of digitale dienst gedurende de economische levensduur van het product te kunnen blijven gebruiken. Als het antwoord ontkennend blijkt te zijn – wat ik verwacht – verdient het aanbeveling om alsnog een directe aansprakelijkheid van de producent van de digitale inhoud of dienst in het leven te roepen, al dan niet overeenkomstig de bepalingen van de productaansprakelijkheid.

Koop van dieren

Naar geldend recht valt ook de koop van dieren onder het toepassingsgebied van de regels over de consumentenkoop. Dat brengt mee dat wanneer een gebrek zich binnen zes maanden na aflevering manifesteert, wordt vermoed dat dit gebrek al bestond op het moment van aflevering. Ten tijde van de totstandkoming van het huidige art. 7:18 lid 2 BW is, naar aanleiding van opmerkingen vanuit de dierenbranche, door enkele kamerleden is toen de vraag gesteld of het bewijsvermoeden wel van toepassing zou moeten zijn op de koop van dieren, omdat in veel gevallen zonder nader onderzoek niet duidelijk zal zijn waardoor het gekochte dier binnen zes maanden na aflevering gebreken vertoont, ziek wordt of zelfs overlijdt. De minister merkte terecht op dat de richtlijn er rekening mee houdt dat de aard van de zaak of de aard van de afwijking in de weg kan staan aan het bewijsvermoeden. In veel gevallen zal meteen ook duidelijk zijn dan van non-conformiteit geen sprake is. Zo staat de aard van het dier in de weg aan toepassing van het bewijsvermoeden wanneer het dier een gemiddelde levensverwachting van slechts enkele maanden heeft en die termijn is verstreken: de consument mag immers niet verwachten dat het dier langer zal leven dan de gemiddelde

levensverwachting van het dier. Een gebroken nek bij een cavia zal duiden op een val van het dier na de aflevering. Ook kan het feit dat een ziekte een bepaalde incubatietijd heeft, bewijs opleveren van het feit dat het dier al ziek moet zijn geweest toen het werd geleverd aan de consument, dan wel van het feit dat het dier toen nog gezond moet zijn geweest. Terecht concludeerde de minister dan ook dat er geen reden is om de koop van dieren uit te sluiten van het toepassingsgebied van de regels van de consumentenkoop. De Richtlijn consumentenkoop liet de Nederlandse wetgever ook geen ruimte voor een dergelijke uitzondering; de nieuwe Richtlijn verkoop goederen biedt die ruimte wel, maar van deze mogelijkheid heeft de regering, overeenkomstig de hierboven beschreven bepalingen uit de Aanwijzingen voor de regelgeving, terecht geen gebruik gemaakt.

Dat betekent niet dat toepassing van het bewijsvermoeden nooit tot onrechtvaardige uitkomsten in concrete situaties kan leiden. Een sprekend voorbeeld is de door brancheorganisatie Divebo aangereikte casus waarin een halsbandparkiet sterft nadat deze een sopje heeft binnengekregen: in dat geval zal de ware toedracht veelal slechts door het doen verrichten van diergeneeskundig onderzoek (sectie) kunnen worden achterhaald. 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 hem zal dan gelden dat het bewijs in dit type gevallen alleen kan worden geleverd door het laten verrichten van sectie, en ook voor hem geldt dat dergelijke onderzoek veelal achterwege zal blijven vanwege de kosten. Het gaat, anders gezegd, hier 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. Integendeel: strengere aansprakelijkheidsregels kunnen eraan bijdragen dat professionele fokkers meer voorzorgsmaatregelen nemen om ziekten en gebreken bij dieren te voorkomen, en dus bijdragen aan de bevordering van meer diervriendelijke maatregelen.

Prijs en persoonsgegevens als tegenprestatie?

Digitale inhoud, zoals apps, en digitale diensten, zoals online gestreamde muziek, worden regelmatig aangeboden zonder dat de consument een prijs in geld hoeft te betalen. Consumenten denken dan vaak dat de digitale inhoud of dienst gratis is of dat de 'tegenprestatie' bestaat in het moeten aanzien of aanhoren van reclame. In werkelijkheid worden ook, of vooral, persoonsgegevens verzameld, die op hun beurt weer geld waard zijn, in het bijzonder omdat zij aanbieders in staat stellen om gepersonaliseerde aanbiedingen aan consumenten te doen. In de memorie van toelichting wordt in dit verband opgemerkt dat digitale inhoud en digitale diensten in de praktijk regelmatig worden geleverd aan consumenten 'in ruil voor hun persoonsgegevens'. Art. 7:50ab BW (ontwerp) geeft in dit verband aan dat de wettelijke regeling voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten van toepassing is 'op overeenkomsten waarbij de handelaar digitale inhoud of een digitale dienst aan de consument levert of zich ertoe verbindt die te leveren en de consument een prijs *of een digitale weergave van waarde betaalt of zich ertoe verbindt die te betalen ongeacht of de digitale inhoud of digitale dienst volgens zijn specificaties is ontwikkeld*' (curs. van mij, MBML). Deze formulering suggereert dat de consument ook bij dergelijke 'gratis' digitale inhoud en digitale diensten een tegenprestatie levert, die in dit geval niet bestaat uit de betaling van een prijs in geld, maar uit het verstrekken van persoonsgegevens. Weliswaar dient voor de verwerking van deze persoonsgegevens in de meeste gevallen nog afzonderlijk toestemming worden gegeven in het kader van de Algemene Verordening Gegevensbescherming, maar de formulering van art. 7:50ab BW (ontwerp) lijkt te suggereren

dat de consument die toestemming zal moeten geven. Omdat kennelijk een tegenprestatie moet worden geleverd, lijkt de formulering te suggereren dat wanneer de persoonsgegevens niet automatisch worden verzameld – bijvoorbeeld doordat tracking cookies het surfgedrag van de consument bijhouden – maar door de handelaar actief worden gevraagd – bijvoorbeeld doordat de consument een webformulier met zijn NAW-gegevens moet invullen – de consument deze informatie naar waarheid moet invullen, omdat hij anders tekort zou schieten in de nakoming van zijn verplichting tot levering van de tegenprestatie. In dat geval zou de handelaar zelfs schadevergoeding wegens niet-nakoming van de overeenkomst kunnen vorderen. Het lijkt erop dat de regering, in navolging van de richtlijn, met deze formulering de economische werkelijkheid te letterlijk heeft willen vertalen in een juridische verplichting.

Daar zou tegenin kunnen worden gebracht dat de verplichtingen van de consument uitputtend zijn geregeld in afdeling 7.1AA.4 BW (ontwerp) (Verplichtingen van de consument). Deze afdeling bestaat slechts uit één artikel, art. 7:50an BW (ontwerp). Dat artikel regelt echter alleen de gevolgen die ontbinding van de overeenkomst meebrengt voor de consument. De primaire verplichtingen van de consument zijn ongeregeld gebleven – ook indien de consument gehouden is om een prijs in geld te betalen: een met art. 7:26 BW overeenkomstige bepaling ontbreekt. Een dergelijke bepaling komt ook niet voor in de Richtlijn digitale inhoud, maar een dergelijke verplichting wordt in de artikelen 7:50ab, 50aj lid 1 en 50ak lid 1 BW (ontwerp) wel vooronderstelt (en volgt uiteraard uit het feit dat het in dit geval om een wederkerige overeenkomst gaat). Juist vanwege het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling kan de indruk ontstaan dat de verstrekking van juiste persoonsgegevens een afdwingbare verplichting is die op de consument rust. Naar mijn mening zou in ieder geval een met art. 7:26 BW overeenkomstige bepaling moeten worden ingevoerd voor overeenkomsten waarbij de consument zich verplicht tot het betalen van een prijs in geld. Naar mijn mening dient daar een uitdrukkelijke bepaling aan te worden toegevoegd dat wanneer de consument zich verplicht tot verstrekking van persoonsgegevens, die verplichting juridisch niet afdwingbaar is. De huidige verwijzing in de memorie van toelichting naar de AVG en de daaruit voortvloeiende bevoegdheid om de toestemming tot het verwerken van persoonsgegevens te allen tijde kan intrekken overeenkomstig art. 7 lid 3 AVG volstaat daarbij niet, aangezien deze bevoegdheid niet de gevolgen regelt van de verwerking van eerder verstrekte maar onjuiste persoonsgegevens.

Gevolgen van ontbinding: termijnen en gebruiksvergoeding

De gevolgen van de ontbinding wegens non-conformiteit zijn grotendeels aan het nationale recht overgelaten. De regering heeft ervoor gekozen geen gebruik te maken van de mogelijkheid om specifieke regels te stellen voor de wijze waarop de consument de geleverde zaak dient terug te zenden en waarop de verkoper de prijs dient terug te betalen. Ook de termijnen waarbinnen de terugzending en terugbetaling dienen plaats te vinden, zijn grotendeels overgelaten aan het algemene verbintenissenrecht. Wel wordt in art. 7:22 lid 7 BW (ontwerp), overeenkomstig het bepaalde in art. 16 lid 3 Richtlijn verkoop goederen, aangegeven dat de consument eerst tot terugzending dient over te gaan voordat de verbintenis van de verkoper tot terugbetaling opeisbaar wordt. Dat zal betekenen dat nakoming van de verplichting tot terugzending direct opeisbaar is (art. 6:38 BW) en dat dit voor de verplichting tot terugbetaling pas het geval is wanneer hij de zaak óf het bewijs van verzending heeft ontvangen. In beide gevallen zal echter een ingebrekestelling vereist zijn voor het ontstaan van het recht op vergoeding van vertragingsschade. Voor de consument betekent dit dat hoewel de oorzaak van de ontbinding te vinden is in de non-conformiteit van de zaak en dus in een tekortkoming van de verkoper, de wettelijke rente niet vanaf het moment van de ontbinding gaat lopen, maar pas vanaf het moment waarop de verkoper in verzuim raakt met

de terugbetaling van de koopprijs. Dat lijkt toch wat merkwaardig. Dat geldt te meer nu de overeenkomstige bepaling van art. 7:50ak lid 1 BW (ontwerp) voor de overeenkomst tot levering van digitale inhoud en digitale diensten een uiterste termijn van 14 dagen bevat voor de verplichting tot terugbetaling, te rekenen vanaf het moment waarop de consument de handelaar 'in kennis heeft gesteld' van zijn keuze om de overeenkomst te ontbinden. Die termijn zal naar mijn mening bovendien als een fatale termijn in de zin van art. 6:83 sub a BW moeten worden beschouwd, zodat voor het intreden van het verzuim geen ingebrekestelling is vereist. Kort gezegd: bij digitale inhoud en digitale diensten gaat de termijn direct lopen bij de ontbinding, en is een ingebrekestelling niet vereist voor het ontstaan van het recht op vertragingsschade, terwijl bij de levering van zaken een veel minder gunstige regeling geldt. Het ligt naar mijn mening dan ook voor de hand om ook hier een uniforme termijn voor de terugbetaling van de prijs op te nemen.

Art. 7:22 lid 7 BW (ontwerp) brengt bovendien geen verplichting voor de verkoper mee om de zaak daadwerkelijk in ontvangst te nemen. De verkoper raakt wel in schuldeisersverzuim indien hij de zaak niet in ontvangst neemt, maar op de koper blijft bij een dergelijke weigering wel de zorgplicht van art. 6:27 en 273 BW rusten. Mijns inziens had de regering hier wél een verplichting voor de verkoper moeten opnemen om de zaak in ontvangst te nemen: daarmee zou immers een uniforme regeling ontstaan voor ontbinding van de overeenkomst wegens non-conformiteit, en voor herstel en vervanging, waar het nieuwe art. 7:21 lid 7 BW (ontwerp) wel een dergelijke verplichting introduceert.

Belangrijker is echter dat noch het wetsvoorstel, noch de memorie van toelichting duidelijkheid schept over de mogelijkheid van de verkoper om een gebruiksvergoeding te vorderen in het geval van ontbinding van de overeenkomst. Een dergelijke vergoeding is in het geval van vervanging door het Hof van Justitie uitdrukkelijk verworpen, maar de Europese wetgever heeft de mogelijkheid om een dergelijke vergoeding mogelijk te maken nadrukkelijk aan het nationale recht overgelaten. Of een dergelijke vergoeding naar Nederlands recht mogelijk is, is onduidelijk. De regering zou de rechtspraktijk helpen door hieromtrent duidelijkheid te scheppen – op zijn minst door hierop in te gaan in de memorie van toelichting.

Besluit

De keuze van de regering om de regels voor consumentenkoop en de levering van digitale inhoud en digitale diensten zoveel mogelijk gelijk te trekken, is mijns inziens goed verdedigbaar. Dat geldt in het bijzonder voor de keuze om de verkoper of handelaar aansprakelijk te houden gedurende de gehele economische levensduur van de zaak, de digitale inhoud of de digitale dienst, en de bepaling dat de omkering van de bewijslast ten aanzien van de aanwezigheid van het gebrek in beide regelingen te beperken tot twee jaar na aflevering. De wetgever kan daarbij echter op een aantal punten nog verder gaan, met name ten aanzien van de invoering van een afzonderlijke verplichting tot betaling van de prijs bij digitale inhoud en digitale diensten en de afwikkeling van de ontbinding van de overeenkomst. De keuze om de koop van dieren niet uit te zonderen van het toepassingsgebied van de regeling van de consumentenkoop acht ik juist.

Ik hoop dat gedurende de parlementaire behandeling nog zal worden ingegaan op de reikwijdte van de wettelijke regelingen. Dat geldt in de eerste plaats ten aanzien van de vraag of iemand die de zaak, digitale inhoud of digitale dienst heeft aangeschaft met een duale bestemming – zowel privé als zakelijk gebruik – recht heeft op de dwingendrechtelijke toepassing van de regels van de consumentenkoop of die van de levering van digitale inhoud

en diensten. Daarnaast zou het goed zijn om de implementatiewet na een jaar of twee te evalueren ten aanzien van de nakoming van de verplichting tot het leveren van updates: het is zeer de vraag of deze verplichting wel uit de verf zal komen nu zij is opgelegd aan de verkoper of handelaar die de overeenkomst met de consument heeft gesloten en niet aan de producent van de digitale inhoud zelf. Het lijkt ten slotte wenselijk om de plaatsing van de regels in een titel 7.1AA BW (ontwerp) vóór de al bestaande Titel 7.1A BW en in de artikelen 7:50aa BW e.v. (ontwerp) vóór de artikelen 7:50a BW e.v. te heroverwegen. Hierboven is een praktische suggestie gedaan die kan leiden tot een wat soepelere inpassing in Boek 7 BW.