

De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand

Is de wetgever te ver doorgeschoten wat betreft de levering van digitale inhoud?

Christoph Jeloschek en Veerle van Druenen*

1. Inleiding

In nummer 1 van 2012 van dit tijdschrift¹ hebben we al uitvoerig stil gestaan bij de richtlijn betreffende consumentenrechten van 25 oktober 2011, die een nieuw regime voor overeenkomsten op afstand introduceert (hierna: de Richtlijn).² Daardoor worden, kort gezegd, de twee centrale onderwerpen van het bestaande regime, de informatieplichten van de handelaar en het herroepingsrecht van de consument, in lijn gebracht met nieuwe technische ontwikkelingen en worden er onduidelijkheden bij de toepassing van de bestaande regels gladgestreken.

Bij elke richtlijn rijst vervolgens de vraag hoe de wetgever deze gaat implementeren, oftewel in het nationale rechtsstelsel om zal zetten. Hoewel men geneigd zou zijn te denken dat de omzetting van de Richtlijn in het licht van de maximumharmonisatie geen stof meer op zou doen waaien - de nationale wetgever is immers in beginsel *niet* vrij om meer of minder strikte bepalingen te implementeren die tot een ander niveau van consumentenbescherming leiden³ - werpt het recente wetsvoorstel enkele interessante (rechts)vragen op.⁴

Dit heeft enerzijds te maken met de manier waarop de wetgever bepaalde concepten uit de Richtlijn interpreteert én vervolgens omzet, en anderzijds met de wetstechnische dan wel systematische keuzes die bij deze 'vertaling' worden gemaakt. Bij het laatste valt op dat de wetgever de Richtlijn mede als aanleiding neemt om op zeker één fundamenteel punt meer duidelijkheid dan wel rechtszekerheid te verschaffen, namelijk voor wat betreft de inhoudelijke regels die van toepassing zijn op de levering van digitale inhoud. Opvallend is daarbij dat deze wetswijziging noch door de Richtlijn,⁵ noch door de (door de wetgever aangehaalde) jurisprudentie voorgeschreven is.

In deze bijdrage zal de nadruk liggen op de rechtsvragen die de voorgestelde omzetting van de Richtlijn op het terrein van overeenkomsten op afstand opwerpt.⁶ Daarbij zullen we niet nogmaals in detail op de regels uit de Richtlijn ingaan.⁷ Deze zullen slechts summier aan de orde komen, met name waar de omzetting naar Nederlands recht aanleiding geeft tot terugkoppeling met de Richtlijn.

Daarnaast zullen we stilstaan bij de beoogde verruiming van het toepassingsbereik van het consumentenkooprecht als gevolg van het van toepassing verklaren daarvan op de levering van digitale inhoud.⁸ Opmerkelijk is dat deze stap in het

kielzog van de omzetting van de Richtlijn heeft plaatsgevonden, hoewel deze dit niet heeft voorgeschreven of anderszins vereist. Kennelijk vindt de wetgever het noodzakelijk om de levering van *alle* digitale inhoud (dus niet slechts software) - en daarmee een groot spectrum aan tegenwoordig via het internet geleverde diensten - onder de regels voor consumen-

* De auteurs zijn als advocaten werkzaam bij Kennedy Van der Laan in Amsterdam.

1. C. Jeloschek en V. van Druenen, 'Het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand. Van radicaal vernieuwen naar behoudend moderniseren?', *IR* 2012/1, p. 4 – 12.
2. Richtlijn 2011/83/EU van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG en van Richtlijn 1999/44/EG en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG, *Publicatieblad L* 304 van 22 november 2011, p. 64.
3. Art. 4 Richtlijn.
4. Wijziging van de Boeken 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 199/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU L* 304/64) (Implementatiewet richtlijn consumentenrechten), zie *Kamerstukken II*, 33 520, nr. 2. De Richtlijn dient vóór 13 december 2013 zijn omgezet (wat niet haalbaar lijkt) en geldt vervolgens voor overeenkomsten die vanaf 13 juni 2014 zijn gesloten.
5. Die immers slechts bepaalt dat de informatieplichten en het herroepingsrecht ook van toepassing zijn op overeenkomsten tot levering van digitale inhoud.
6. Ook in deze bijdrage zullen we de nieuwe regels omtrent colportage buiten beschouwing laten. Bovendien zullen we niet ingaan op de wijziging van andere wetten c.q. rechtsgebieden als gevolg van het wetsvoorstel (zoals de Wet oneerlijke handelspraktijken, de Wet handhaving consumentenbescherming en de Wet op het financieel toezicht).
7. Hiervoor zij naar onze eerdere uiteenzetting in *IR* 1/2012 p. 4-12 verwezen.
8. Zie art. II onderdeel A van het Wetsvoorstel (uitbreiding definitie consumentenkoop).

tenkoop te scharen. De manier waarop dit is vormgegeven is naar onze mening geen goed doordachte keuze, die bovendien meer vragen opwerpt dan zij oplost.

We zullen eerst stilstaan bij de voorgestelde manier van omzetting, dus de plaats van de nieuwe regels voor overeenkomsten op afstand en enkele andere wetstechnische keuzes (onder 2). Vervolgens zullen we de omzetting van de nieuwe regels zelf bespreken en ons daarbij beperken tot mogelijke knelpunten bij de implementatie van de Richtlijn (onder 3). Daartoe zullen we ingaan op de vraag of de wetgever de Richtlijn correct heeft omgezet, zowel wat betreft eventuele strijdigheden met de Richtlijn zelf, als ook wat betreft bepaalde ongelukkige 'dogmatische' keuzes die daarbij zijn gemaakt (onder 3.1 en 3.2). Daarna zullen we in detail stil staan bij de regels voor de levering van digitale inhoud (onder 4). We zullen deze bijdrage met enkele conclusies afsluiten (onder 5).

2. (Wetstechnische) keuze voor omzetting

2.1 Boek 6 of Boek 7 – that's the question

In onze eerdere bijdrage hebben we nog gespeculeerd dat het voor de hand ligt om het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand weer op de huidige plek⁹ om te zetten (dus als onderdeel van de kooprechtstitel in Boek 7). Daarbij hebben we wél de kanttekening geplaatst dat het dan raadzaam is om de desbetreffende afdeling in zijn geheel te herschrijven.

De wetgever durfde echter verder te gaan door de Richtlijn (bijna geheel) in Boek 6 van het BW onder te brengen en vervolgens de huidige plek voor de overeenkomsten op afstand in Boek 7 te schrappen. Dit is naar onze mening een grote - en moedige - stap die beter aansluit bij de systematiek van het BW. In dit verband dient opgemerkt te worden dat het bij deze regels van oudsher niet enkel om kooprecht ging, maar ook om diensten.¹⁰ Het moge duidelijk zijn dat de oude oplossing - dus het eerst regelen van de koop of afstand en vervolgens overeenkomstig van toepassing verklaren van deze regels op het verstrekken van diensten in één schakelbepaling¹¹ - dit niet volledig heeft weerspiegeld en daarom dogmatisch minder verantwoord was.

Wat de Richtlijn zelf betreft, heeft de wetgever overigens niet gekozen voor een uitbreiding van het toepassingsgebied. Zo werd in beginsel geen extra nationaal beleid ingevoerd en dus geen gebruik gemaakt van de zogenaamde 'kan-bepalingen'¹² in de Richtlijn.¹³

2.1 Eindelijk een eigen consumenten contractenrecht

Met de omzetting van de Richtlijn in Boek 6 van het BW wordt een zelfstandige afdeling aan 'overeenkomsten tussen handelaren en consumenten' gewijd.¹⁴ Deze opent met enkele *algemene bepalingen*: definities (art. 6:230g BW), het toepassingsgebied met uitzonderingen (art. 6:230h BW), het dwingend-rechtelijke karakter van de afdeling (art. 6:230i lid 1 BW), enkele verduidelijkingen ten aanzien van de Richtlijn (zoals termijnen en uitzonderingen) en voorrangregels ten aanzien van informatieverplichtingen uit andere richtlijnen (art. 6:230i lid 2 t/m 4 BW), extra betalingen (art. 6:230j BW), vergoedingen voor het gebruik van betaalmiddelen (art. 6:230k lid 1 BW) en vergoedingen voor telefonisch contact (art. 6:230k lid 2 BW). Met de laatste drie bepalingen worden de algemene consumentenrechten omge-

zet die voor alle overeenkomsten gelden die onder de Richtlijn vallen.¹⁵

De tweede paragraaf is gewijd aan de *algemene informatieverplichtingen* voor overeenkomsten anders dan op afstand (of buiten de verkoopruimte) (art. 6:230l BW). Daarmee worden in feite *alle* consumentenovereenkomsten onderworpen aan bepaalde informatieverplichtingen, die afgeleid zijn van de informatieverplichtingen voor overeenkomsten op afstand.

Paragraaf 3 bevat vervolgens *specifieke informatieverplichtingen* voor (onder meer) overeenkomsten op afstand (art. 6:230m BW) en enkele rechtsgevolgen van (het nalaten van) het verstrekken van deze informatie (art. 6:230n BW). In aansluiting daarop wordt het *herroepingsrecht* (aangeduid als het recht van ontbinding) geadresseerd, waaronder de termijn en andere modaliteiten (art. 6:230o BW), de uitzonderingen (art. 6:230p BW), de rechtsgevolgen van de herroeping (art. 6:230q BW) en de verplichtingen van de handelaar en de consument ná herroeping (art. 6:230r BW respectievelijk art. 6:230s BW).

Paragraaf 5 noemt enkele (in de Richtlijn als zodanig aangeduide) *formele vereisten voor overeenkomsten* op afstand (art. 6:230v BW).¹⁶

De nieuwe Afdeling voor consumentenovereenkomsten bevat daarnaast bepalingen voor overeenkomsten buiten de verkoopruimte (paragraaf 4) en bepalingen omtrent overeenkomsten inzake financiële producten of diensten die op afstand of buiten de verkoopruimte gesloten worden (paragraaf 6). Dit laatste is niet door de Richtlijn voorgeschreven en laat goed zien dat met de nieuwe afdeling 2A in titel 5 ('Overeenkomsten in het algemeen') in feite een eigen (algemeen) consumenten contractenrecht in het leven wordt geroepen.

Vanuit de optiek van wetssystematiek is deze keuze toe te juichen. Immers, daardoor worden de regels voor overeenkomsten op afstand (zoals al aangestipt) dogmatisch 'zuiverder' naar het niveau van het algemene overeenkomstenrecht

9. Afdeling 9A van Titel 1 van Boek 7 van het BW.

10. Dit volgt duidelijk uit zowel de titel van de (oude) Richtlijn overeenkomsten op afstand, als ook uit de titel van afdeling 9A (van Titel 1 van Boek 7) zelf. Toch wordt in de praktijk naar deze afdeling hardnekkig als 'koop op afstand' gerefereerd.

11. Art. 7:46i BW.

12. Zie, bijvoorbeeld, twee mogelijke uitbreidingen van het toepassingsgebied van de Richtlijn met betrekking tot een analoge toepassing op 'kleine' partijen die geen consumenten zijn of overeenkomsten die niet in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand zijn gesloten (overweging 13 Richtlijn).

13. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 6.

14. Aldus de titel van de nieuwe Afdeling 2B in Titel 5 van Boek 6.

15. Zie art. 19, 21 en 22 Richtlijn.

16. Daaronder vallen (onder meer) de details van de verstrekking van informatie (lid 1: wijze en lid 2: timing), de inrichting van het elektronische bestelproces (lid 3), eventuele beperkingen voor leveringen en betaalmiddelen (lid 4) en verstrekking bij middelen met beperkte ruimte of tijd (lid 5), verstrekking middels telefoon (lid 6) en verstrekking van informatie ná het sluiten van de overeenkomst (lid 7).

verplaatst, hetgeen beter strookt met de gelaagde structuur van het BW. Bovendien maakt deze keuze het gemakkelijker om de meer algemene bepalingen¹⁷ van de Richtlijn om te zetten, die immers ook een ruimer toepassingsbereik hebben dan alleen koop. Voor de purist is het wel te betreuren dat de nieuwe definitie van ‘consument’ weliswaar in de consumentenkooptitel wordt overgenomen,¹⁸ maar niet naar alle consumentenvraagstukken doorgetrokken wordt. Zo blijven naast de definitie in art. 6:230g lid 1 BW - die immers op grond van haar plaatsing de indruk wekt dat deze algemeen geldig zou (moeten) zijn - nog steeds separate definities voor specifieke consumentenovereenkomsten dan wel -aspecten bestaan.¹⁹ Hoewel één definitie wenselijk zou zijn, is dit niet eenvoudig op te lossen nu de verschillende definities van ‘consument’ het gevolg zijn van op dat punt niet onderling op elkaar afgestemde Europese wetgeving.

2.2 (Geen) omzetting van overwegingen van de Richtlijn

In het kader van de methodiek van de omzetting van de Richtlijn hebben we ons in onze eerdere bijdrage ook gevraagd hoe de wetgever met de overwegingen bij de Richtlijn om zou gaan. Deze bevatten immers veel gedetailleerde aanwijzingen voor de vraag hoe de Richtlijn op bepaalde punten moet worden uitgelegd. Dit is vanuit het oogpunt van wetgevingstechniek een interessante vraag, nu de overwegingen bij een richtlijn strikt juridisch genomen geen operationele bepalingen zijn.²⁰ Daarmee rijst de vraag of een nationale wetgever wél ervoor zou *mogen* kiezen om een deel van deze - in feite - nadere uitleg in de wetstekst zelf op te nemen. Naar onze mening is dit verdedigbaar nu een richtlijn eerst naar nationaal recht moet worden omgezet en daarbij niet per se exact dezelfde bewoordingen moet worden overgenomen. In het voorliggende geval is deze ruimte als gevolg van de maximumharmonisatie van de Richtlijn waarschijnlijk beperkter dan bij ‘gewone’ richtlijnen. Daar staat tegenover dat meer duidelijkheid op nationaal niveau de consumentenbescherming ten goede zou komen, zeker nu de EU wetgever belangrijke aanwijzingen voor de nieuwe regels slechts in de overwegingen van de Richtlijn heeft opgenomen.

Wat daar ook van zij; de wetgever heeft voor de veilige weg gekozen. De overwegingen van de Richtlijn vinden geen neerslag in de voorgestelde bepalingen. Wel wordt in de Memorie van Toelichting naar veel belangrijke overwegingen verwezen.²¹

3. Knelpunten bij de omzetting van de richtlijn

Het wetsvoorstel blijft *grosso modo* dicht in de beurt van de Richtlijn waarbij de desbetreffende bepalingen vaak letterlijk dan wel licht tekstueel aangepast worden overgenomen. We zullen ons in het volgende overzicht dan ook beperken tot de weinige punten waar de omzetting knelt, hetzij omdat deze vraagtekens opwerpt wat betreft de interpretatie van de Richtlijn (onder 1), hetzij omdat de wetgever voor een naar onze mening ongelukkige dan wel ‘onzuivere’ (niet dogmatische) oplossing heeft gekozen (onder 2).

3.1 Vraagtekens bij de juiste omzetting van de Richtlijn

Bij de *definitie* is er slechts sprake van tekstuele wijzigingen waarmee de Richtlijn in lijn met de in Nederland gangbare

terminologie wordt gebracht (zie echter nog de opmerkingen omtrent de gebruikte terminologie onder 2).²²

Uit art. 25 van de Richtlijn blijkt dat deze van *dwingend recht* is. De wetgever heeft deze bepaling in art. 6:230i BW geïmplementeerd, waaruit volgt dat van het bepaalde bij of krachtens de nieuwe afdeling 2B niet ten nadele van de consument kan worden afgeweken. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat handelen in strijd met deze bepaling valt onder art. 3:40 BW. Tweezijdige rechtshandelingen die in strijd met een van de bepalingen van afdeling 2B tot stand komen, kunnen daarom door de consument worden vernietigd. De wetgever acht nietigheid van rechtswege minder geschikt, omdat daardoor de consument de keus wordt ontgenomen om de overeenkomst in stand te laten.²³ Volgens de wetgever is dit ook vanuit Europees perspectief voldoende, mede doordat de rechter in voorkomende gevallen deze sanctie ambtshalve kan toepassen. Of dit een voor alle gevallen handige oplossing is, is maar de vraag.²⁴

Ook de *informatieplichten* uit art. 6 van de Richtlijn zijn grotendeels ‘as is’ overgenomen in het nieuwe art. 6:230m BW. Er zijn slechts kleine verschillen te vinden die naar

17. Namelijk de *algemene* bepalingen omtrent consumenteninformatie, dus buiten overeenkomsten op afstand of buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst en de algemene consumentenrechten (zie nu paragraaf 1).
18. Zie de voorgestelde wijziging van art. 7:5 lid 1 BW dat daarmee in lijn wordt gebracht met de definities in art. 6:230g lid 1 onder a en b BW.
19. Zie bijvoorbeeld art. 7:50a sub a, art. 6:193a sub a en art. 6:236 en 6:237 BW.
20. Deze hebben veeleer een uitleg functie nu daarin de ratio van de EU wetgever wordt weergegeven. Bij gebrek aan een duidelijke parlementaire geschiedenis zijn de overwegingen bovendien vaak de enige indicatie van de wil van de EU wetgever.
21. Zie bijvoorbeeld p. 16 en 17 (overweging 20: samenloop van off/online interacties), p. 19 (overweging 19: invulling begrip digitale inhoud), p. 20 (overweging 24: online platform geen openbare veiling) en p. 34 (overweging 36: technische beperkingen van bepaalde media) van de Memorie van Toelichting.
22. De verkoopovereenkomst wordt als ‘consumentenkoop’ aangeduid, de dienstenovereenkomst als ‘overeenkomst tot het verrichten van diensten’ (art. 230g sub c en d BW).
23. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 26 – 27.
24. Uit het Pannon-arrest (HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08 (*Pannon GSM / Erzsébet Sustikné Györfi*)) volgt dat de rechter onder omstandigheden *verplicht is* om ambtshalve te toetsen aan het Europees consumentenrecht. Het is de vraag of dit uit de huidige opzet voldoende blijkt en of het niet goed was geweest om in de wet duidelijkheid te verschaffen over de mogelijkheid van ambtshalve toetsing van art. 3:40 lid 2 BW, zoals Loos heeft betoogd in M.B.M. Loos, ‘Algemene voorwaarden onder de voorgestelde richtlijn consumentenrechten’, *Vermogensrechtelijke analyses* 2009(6) 2, p. 74 – 75. Zie uitgebreid over dit onderwerp ook: het Rapport van de LOVCK werkgroep, Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht, februari 2010 (te raadplegen via rechtspraak.nl) en A.S. Hartkamp, ‘De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter’, *Trema* 2010/4, p. 136 e.v.

onze mening verwaarloosbaar zijn.²⁵ Interessant is dat het wetsvoorstel spreekt over ‘afstand doen’ van het herroepingsrecht, terwijl de Richtlijn het heeft over ‘omstandigheden waarin de consument zijn herroepingsrecht *verliest*’.²⁶ Het is de vraag of dit dezelfde betekenis heeft. Immers, afstand doen impliceert een actieve (rechts)handeling, waartegen verlies op een meer objectieve, feitelijke gebeurtenis duidt.

Voor wat betreft de *modaliteiten* van de verstrekking van de verplichte informatie, bestaan er meer opvallende verschillen tussen de Richtlijn en het wetsvoorstel. Zo worden in het voorgestelde art. 6:230v lid 3 BW de nieuwe eisen geïmplementeerd voor overeenkomsten die op elektronische wijze tot stand komen. Art. 8 lid 2 van de Richtlijn bepaalt daaromtrent dat de handelaar er op moet toezien dat de consument bij het plaatsen van de bestelling uitdrukkelijk erkent dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Dit gaat al ver, maar de wetgever lijkt nog een stapje verder te (willen) gaan. Immers, de handelaar dient volgens het wetsvoorstel zijn elektronische bestelproces op zodanige wijze in te richten dat de consument een aanbod niet *kan* aanvaarden dan nadat hem op niet voor misverstand vatbare wijze duidelijk is gemaakt dat de bestelling een betalingsverplichting inhoudt. Dit lijkt veel verder te gaan dan de eis van de Richtlijn, namelijk dat de consument ‘uitdrukkelijk erkent’ dat er sprake van een betalingsverplichting.²⁷

Ook bij de implementatie van de *sancties op het niet verstrekken van de vereiste informatie over het herroepingsrecht* is een opvallende keuze gemaakt door de wetgever. Op grond van de Richtlijn loopt de herroepingstermijn pas af twaalf maanden na het einde van de oorspronkelijke herroepingstermijn, indien de informatie over het herroepingsrecht niet is verstrekt (art. 10 lid 1). Indien de handelaar deze informatie tussentijds alsnog verstrekt, verstrijkt de herroepingstermijn 14 dagen na het moment waarop de consument de informatie heeft ontvangen (art. 10 lid 2). Dit is als volgt in art. 6:230o lid 2 geïmplementeerd:

“Indien niet aan de in artikel 230m lid 1, onderdeel h, gestelde eisen is voldaan wordt de in het vorige lid bedoelde termijn verlengd met de tijd die is verstreken vanaf het tijdstip bedoeld in het vorige lid, tot het moment waarop alle ontbrekende gegevens alsnog op de voorgescreven wijze aan de consument zijn verstrekt, doch met ten hoogste twaalf maanden.”

Om te beginnen, zijn de twee oorspronkelijke bepalingen uit de Richtlijn - die zien op twee verschillende situaties - door de samenvoeging niet meer duidelijk te onderscheiden. Vervolgens keert de wetgever wat betreft de tweede situatie (het alsnog verstrekken) de formulering van de Richtlijn om; in plaats van uit te gaan van twaalf maanden *of* de tijd tot de informatie is verstrekt plus nogmaals 14 dagen, neemt de wetgever de (initiële) 14 dagen tot uitgangspunt en verlengt deze termijn met de tijd dat de informatie niet is verstrekt. Dit lijkt op het eerste gezicht te suggereren dat bij het alsnog verstrekken van de informatie geen 14 dagen termijn meer begint te lopen. Hoewel de huidige formulering na herhaaldelijk lezen (en een kijk in de Memorie van Toelichting)²⁸ uiteindelijk tot dezelfde termijn leidt, is deze formulering dus alles behalve duidelijk en vanuit het oogpunt van consumentenbescherming onwenselijk. Het blijft een raadsel waarom de wetgever niet heeft aangesloten bij de ons inziens veel duidelijkere formulering in de Richtlijn.

Ten aanzien van het *herroepingsrecht* en de uitzondering daaraanop de wetgever dicht gebleven bij de tekst van de Richtlijn. Er kan slechts een kanttekening worden geplaatst, namelijk bij de omzetting van de mogelijkheid het modelformulier of een andere ondubbelzinnige verklaring voor de herroeping op de website van de handelaar elektronisch in te vullen en toe te zenden.²⁹ Volgens de Richtlijn *kan* de handelaar de consument deze mogelijkheid bieden en dient hij de consument vervolgens onverwijld op een duurzame gegevensdrager de bevestiging van de ontvangst van de herroeping mede te delen.³⁰ De wetgever lijkt deze mogelijkheid van de handelaar als verplichting op te willen leggen, dus *ongeacht* of de handelaar ervoor kiest om de mogelijkheid te bieden om de verklaring op de website elektronisch in te vullen en toe te zenden (art. 6:230o lid 4 BW). Wij achten deze omzetting strijdig met de Richtlijn, aangezien daardoor een verdergaande verplichting op de handelaar rust dan in de Richtlijn voorgeschreven.

3.2 Ongelukkige keuzes bij de omzetting van de Richtlijn

Naast vraagtekens die (de uitleg van) de Richtlijn zelf betreffen, kunnen ook enkele kanttekeningen bij de methodiek van de omzetting geplaatst worden, dus de zuiver nationale vraag hoe de Richtlijn het beste in de nationale rechtsorde kan worden ingepast.

Opvallend is dat de wetgever bij de omzetting van sommige bepalingen slechts naar de Richtlijn verwijst zonder de moeite te doen om deze als concrete wetstekst om te zetten. Dit geldt bijvoorbeeld voor de *berekening van alle termijnen onder de Richtlijn*, een cruciaal punt in het aangescherpte regime voor overeenkomsten op afstand voor zowel de handelaar als ook de consument.³¹ De Richtlijn verwijst in overweging 41 *naar de Europese Termijnverordening*, een tamelijk onbekend stuk Europese wetgeving, die op een aan-

25. Bij de omzetting van art. 6 sub c van de Richtlijn (in art. 6:230m sub c BW) wordt niet verwezen naar het doel van de informatieverstrekking, namelijk dat de consument snel contact met de handelaar kan opnemen en efficiënt met hem kan communiceren. Voorts mist in art. 6:230m sub k BW de verwijzing naar de bepaling over de uitzonderingen op het herroepingsrecht (zoals opgenomen in art. 6 sub k Richtlijn). Daardoor zou onduidelijkheid kunnen ontstaan over het feit dat het herroepingsrechts slechts dan niet bestaat als zich een uitzondering voordoet.
26. Zie art. 6:230m sub k BW respectievelijk art. art. 6 sub k Richtlijn.
27. Een kleine kanttekening kan ook worden geplaatst bij de toevoeging dat er bij gebruik van een knop voor aanvaarding ‘in niet voor misverstand vatbare termen en op goed leesbare wijze’ moet blijken dat de aanvaarding een betalingsverplichting jegens de handelaar inhoudt. Ook dit volgt niet (althans niet letterlijk) uit de tekst van de Richtlijn.
28. Dat dit het doel is van de wetgever volgt ook uit p. 38 van de Memorie van Toelichting.
29. Art. 11 lid 3 Richtlijn.
30. Dit is van belang, omdat de bewijslast voor de uitoefening van het herroepingsrecht bij de consument ligt (art. 6:230o lid 5 BW en art. 11 lid 4 van de Richtlijn).
31. Die immers beide aan strikte termijnen zijn gebonden wat betreft herroeping, terugbetaling etc.

tal punten afwijkt van onze Algemene termijnenwet.³² De wetgever herhaalt deze verwijzing in artikelen 6:230i en 7:9 lid 4 BW. Nu daarbij in het midden blijft op welke punten de Termijnverordening afwijkt van de Algemene termijnenwet,³³ zal deze verwijzing voor de gemiddelde handelaar en consument onbegrijpelijk zijn en is vanuit de gedachte van rechtszekerheid ook ongewenst. Toegegeven moet worden dat het lastig is om hier een goed alternatief voor te bedenken, maar gedacht zou kunnen worden aan het ofwel uitwerken van de afwijkingen van de EU Termijnverordening van het Nederlands recht of het opnemen van een verwijzing in de Algemene termijnenwet zelf. Wij achten het in ieder geval raadzaam dat deze bepaling op bijvoorbeeld de websites ConsuWijzer en Antwoord voor Bedrijven nader uitgewerkt wordt, bij voorkeur met behulp van concrete rekenvoorbeelden.

Dezelfde opmerking kan worden gemaakt ten aanzien van de *modelinstructies en het modelformulier voor het herroepingsrecht* (Bijlage IA respectievelijk IB van de Richtlijn). Ook hier heeft de wetgever ervoor gekozen deze bijlagen niet integraal over te nemen in het BW, maar wordt volstaan met een 'dynamische verwijzing' naar bijlagen bij de Richtlijn (art. 6:230m lid 1 sub h en 6:230n lid 1 BW). De reden voor deze keuze is dat als op Europees niveau nieuwe formulieren zouden worden vastgesteld de wetgeving anders zou moeten worden aangepast.³⁴ Dit argument overtuigt ons inziens echter niet. Immers, richtlijnen worden doorgaans niet vaak aangepast en, nog belangrijker, de keuze voor een dynamische verwijzing biedt ook hier weinig duidelijkheid voor de handelaar en consument. Overigens heeft de wetgever dit zich hier wel gerealiseerd en geeft hij, in ieder geval ten aanzien van het modelformulier in bijlage 1B van de Richtlijn aan dat dit ook op de website van ConsuWijzer zal worden geplaatst om ervoor te zorgen dat het gemakkelijk verkrijgbaar is.³⁵

Ook in art. 6:230i lid 3 BW is een verwijzing opgenomen naar de Richtlijn. Dit artikel bepaalt dat de in de nieuwe afdeling opgenomen bepalingen 'niet gelden voor zover deze op grond van art. 3 lid 2 van de richtlijn van het toepassingsgebied van de richtlijn zijn uitgezonderd'. Ook deze verwijzing is volgens ons onbegrijpelijk. Wij zien niet in waarom de wetgever niet op duidelijke wijze heeft bepaald dat Europese sectorspecifieke wetgeving voorgegaat op deze afdeling, voor wat betreft die specifieke sectoren. Het lijkt er sterk op dat de wetgever zich niet de vingers wilde branden en door middel van een vangnetbepaling voor richtlijnconforme omzetting wil zorgen.

Ten slotte zijn niet alle keuzes dogmatisch gezien toe te juichen. Centraal staat daarbij de vraag waarom de wetgever *niet het begrip herroepingsrecht uit de Richtlijn heeft overgenomen*. In plaats hiervan introduceert de wetgever het nieuw begrip 'recht van ontbinding' (art. 6:230g sub m BW) en de term 'ontbindingstermijn' (6:230g sub n BW). Dat dit aan zou sluiten bij de bestaande systematiek, overtuigt niet.³⁶ Immers, ook de huidige oplossing in art. 7:46d BW is dogmatisch niet zuiver. Zo vereist ontbinding ex art. 6:265 BW immers een tekortkoming als bedoeld in art. 6:74 BW. Dit is hier nu juist niet aan de orde. Het gaat bij overeenkomsten op afstand namelijk om het recht de overeenkomst *zonder opgave van redenen* te herroepen, wat meer lijkt op een opzegging dan een ontbinding.³⁷ Het had dan ook al bij de omzetting van de oorspronkelijke richtlijn overeenkomsten op afstand van 1997 voor de hand gelegen om de Euro-

pese term 'herroeping' over te nemen en daarop de gevolgen van de ontbinding (analoog) van toepassing te verklaren. Nu laat de wetgever deze kans weer liggen en maakt daarbij de dogmatische verwarring nog erger door een eigen recht van ontbinding voor consumenten in te voeren. We vragen ons af of de consument daarmee weet dat er nog het 'echte' recht tot ontbinding bestaat, namelijk bij wanprestaties. Overigens worstelt de wetgever op grond van deze keuze ook op andere fronten met het inpassen van de Richtlijn. Zo bepaalt art. 6:230q lid 1 BW dat een aanbod ook door uitoefening van het recht van ontbinding kan worden herroepen. Opvallend is daarbij dat er wél gebruik wordt gemaakt van herroeping, maar dan in het kader van aanbod en aanvaarding. Deze - op zichzelf dogmatisch consequente - oplossing is voor consumenten niet erg duidelijk. Praktisch gezien is er namelijk geen verschil wat betreft het herroepen van een reeds gesloten overeenkomst en een transactie waar nog geen aanvaarding heeft plaatsgevonden, bijvoorbeeld omdat dit pas gebeurt als de verkoper de bestelling bevestigt.

4. Levering van digitale inhoud – kooprecht rules?

In onze eerdere bijdrage hebben we voorzichtig de vraag opgeworpen of in het kader van de levering van digitale inhoud - naast de invoering van bepaalde informatieplichten en het herroepingsrecht - niet ook andere bepalingen van consumentenbescherming van toepassing moeten worden verklaard, bijvoorbeeld de wettelijke conformiteitsregeling.³⁸ De wetgever heeft nu voor een grote verrassing gezorgd door *alle* regels van de consumentenkoop van overeenkomstige toepassing te verklaren. We zullen hieronder uiteenzetten dat dit geen goed doordachte keuze is die meer vragen opwerpt dan zij beantwoordt.

4.1 Reikwijdte van het begrip 'digitale inhoud'

De Richtlijn introduceert 'digitale inhoud' als nieuw begrip in het Europese consumentenrecht. De definitie ervan als 'gegevens die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden'³⁹ wordt leven in geblazen door overweging 19 van de Richtlijn, waaruit volgt dat het daarbij (onder meer) gaat om computerprogramma's, toepassingen (applicaties), spel-

32. Verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 (*PbEG* L 124) van de Raad van 3 juni 1971 houdende de vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden van overeenkomstige toepassing.
33. De EU Termijnverordening wijkt in het bijzonder bij de berekening van termijnen in maanden en weken af van de Algemene Termijnenwet. Bij de Termijnverordening geldt als uitgangspunt dat de termijn afloopt op de dag met dezelfde naam of cijferaanwijzing als de begindag van de termijn. Als deze dag ontbreekt, dan wordt afgerond naar beneden (art. 3 lid 2 sub c).
34. Memorie van Toelichting, p. 35.
35. Memorie van Toelichting, p. 35.
36. De wetgever geeft hierover slechts aan dat zij hiermee aansluit op de bestaande systematiek, zie memorie van toelichting, p. 21.
37. In het Engels wordt dit dan ook als '*cooling off right*' aangeduid.
38. In die zin ook M.B.M. Loos, 'Overeenkomsten tot levering van digitale inhoud', in: *NTBR* 2011/81.
39. Art. 2 sub 11 Richtlijn.

len, muziek, video's en teksten, ongeacht of de toegang tot deze gegevens wordt verkregen via downloaden of streaming, vanaf een materiële drager of langs een andere weg. De Richtlijn maakt duidelijk dat digitale inhoud die wordt geleverd op een materiële drager (zoals een CD of een DVD), beschouwd wordt als een goed in de zin van de Richtlijn. De aanschaf moet dan ook als koopovereenkomst worden gezien.⁴⁰ Alle andere overeenkomsten tot levering van digitale inhoud (die dus niet op een materiële drager wordt geleverd) worden onder de Richtlijn niet aangemerkt als verkoop- of dienstenovereenkomst.⁴¹ Wel gelden daarvoor enkele informatieplichten en het herroepingsrecht, zij het in iets aangepaste vorm.⁴²

4.2 Omzetting in het wetsvoorstel

De definitie van 'digitale inhoud' is in het wetsvoorstel ongewijzigd overgenomen (art. 6:230g lid 1 sub i BW). De informatieplichten en het herroepingsrecht met betrekking tot digitale inhoud zijn voor wat betreft overeenkomsten die worden gesloten op afstand, geregeld in paragraaf 3 van de nieuwe afdeling voor consumentenovereenkomsten in Boek 6 BW.⁴³ Bovendien bestaan ook verschillende specifieke bepalingen, waaronder een uitzondering voor het herroepingsrecht⁴⁴ en specifieke informatieplichten.⁴⁵ Een veel ingrijpendere wijziging volgt echter uit de voorgestelde uitbreiding van de definitie van consumentenkoop (art. 7:5 BW), waarbij een nieuw lid 5 zal worden ingevoerd:

“5. Met uitzondering van de artikelen 9, 11 en 19a, zijn de bepalingen over consumentenkoop van overeenkomstige toepassing op de levering van elektriciteit en gas, voor zover deze niet voor verkoop gereed zijn gemaakt in een beperkt volume of in een bepaalde hoeveelheid, *alsmede op de levering [...] van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, aan een natuurlijk persoon, die handelt voor doeleinden buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit.*” [curs auteurs⁴⁶]

Met deze wetswijziging worden de bepalingen van de consumentenkoop in Titel 1 van Boek 7, behoudens de drie genoemde uitzonderingen, *integraal* van overeenkomstige toepassing verklaard op leveringen van digitale inhoud anders dan op een materiële drager. Hoewel er geen expliciete verwijzing is opgenomen naar de definitie van digitale inhoud,⁴⁷ mag immers worden aangenomen dat aan dit begrip hier dezelfde invulling wordt gegeven als in Boek 6 BW.

4.3 Kritische kanttekeningen bij het van toepassing verklaren van de regels voor consumentenkoop

De aanleiding voor deze ingrijpende wijziging is niet gelegen in de Richtlijn, welke de lidstaten hiertoe immers niet verplicht.⁴⁸ In tegendeel, uit de Richtlijn volgt expliciet - voor zover deze in het licht van haar strekking iets kan zeggen over de 'nationale' kwalificatievraag - dat de overeenkomst tot levering van digitale inhoud anders dan op een materiële drager *niet* wordt aangemerkt als koopovereenkomst.⁴⁹ Ook uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de wijziging niet voortvloeit uit de Richtlijn, maar dat deze - althans volgens de wetgever - het veelbesproken Beeldbrigade-arrest⁵⁰ van de Hoge Raad codificeert.⁵¹

Volgens ons gaat de wetgever met deze redenering echter veel te kort door de bocht. Ten eerste gaat de wetgever verder dan de Hoge Raad, door het kooprecht van overeenkomstige toepassing te verklaren op *alle* typen digitale inhoud (en dus voor meer dan alleen software zoals in het Beeldbrigade-arrest). Ten tweede bestaat er onduidelijkheid over de reikwijdte van art. 7:5 lid 5 BW, zowel wat betreft de bepalingen van het kooprecht die niet specifiek voor consumenten zijn geschreven (maar als gevolg van de uitbreiding wél gelden), als ook de consequenties voor B2B overeenkomsten. Ten derde is onduidelijk wat nu de verplichtingen zijn van de leverancier van digitale inhoud. Immers, art. 7:9 BW van daarin de hoofdverplichtingen van de verkoper - namelijk eigendomsoverdracht én levering - is juist *niet* van overeenkomstige toepassing verklaard op levering van digitale inhoud. Ten slotte maakt de wetgever, in tegenstelling tot de Hoge Raad, onderscheid tussen digitale inhoud die wel en digitale inhoud die niet op een drager wordt geleverd. We zullen deze punten achtereenvolgend bespreken.

Toepasselijkheid op alle typen digitale inhoud

De Hoge Raad heeft in het Beeldbrigade-arrest enkel geoordeeld dat de overeenkomst tot 'aanschaf' van een *standaardsoftwareprogramma*, waarbij de 'koper' het recht op het *vrije en duurzame (niet in tijdsduur beperkte) ge-*

40. Vgl. art. 2 sub 3 en art. 3 sub 5 Richtlijn.

41. Overweging 19 Richtlijn.

42. Zie bijvoorbeeld art. 6 lid 2 en art. 9 lid 2 sub c Richtlijn.

43. Zie ook art. 6:230l BW (betreffende informatieplichten voor overeenkomsten anders dan op afstand), art. 6:230m BW (informatieplichten voor overeenkomsten op afstand en overeenkomsten buiten de verkooppriimte), art. 6:230o BW en 6:230p BW (herroepingsrecht).

44. Zo heeft de consument geen herroepingsrecht indien de nakoming van een dergelijke overeenkomst met *expliciete* toestemming van de consument is begonnen én hij erkend heeft dat dit het verlies van het herroepingsrecht tot gevolg heeft (art. 16 aanhef onder m Richtlijn en art. 6:230p sub g BW).

45. Zo dient er informatie te worden verstrekt over de functionaliteit van de digitale inhoud (met inbegrip van de toepasselijke technische beveiligingsvoorzieningen) en over de interoperabiliteit met software en hardware waarvan de handelaar op de hoogte is of redelijkerwijs kan worden verondersteld op de hoogte te zijn (art. 6 sub r en sub s Richtlijn en art. 6:230m sub r en sub s BW).

46. Ten aanzien van het nieuwe art. 19a BW kan nog worden toegevoegd dat dit ziet op de verzuimregeling bij het niet nakomen van de verkoper bij niet-tijdige levering (art. 18 Richtlijn).

47. Art. 6:230g BW geldt immers slechts voor hoofdstuk 2a van Titel 5 van Boek 6 BW.

48. De Richtlijn bestrijkt immers een ander terrein, namelijk informatieplichten en het herroepingsrecht.

49. Overweging 19 Richtlijn.

50. Hoge Raad 27 april 2012, NJ 2012/239, *De Beeldbrigade / Hulskamp*; zie ook Computerrecht 2012/154 met noot R.J.J. Westerdijk. Zie verder onder meer R. van Neck, 'Kooprecht en softwarelicenties', *IR* 2012, nr. 4, p. 106 e.v., W.F.R. Rinzema, 'Pleidooi voor het kopen van standaardsoftware', *NJB* 2012/1601.

51. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 19 – 20 en 57.

bruik heeft verkregen, onder het toepassingsbereik van titel 7.1 BW valt.⁵² De Hoge Raad geeft duidelijk aan dat hij (slechts) op basis van voornoemde eigenschappen gekomen is tot zijn conclusie.⁵³

De Hoge Raad achtte voor zijn oordeel immers van belang dat het in de Beeldbrigadezaak draaide om de levering van software voor een niet in tijdsduur beperkt gebruik tegen betaling van een bepaald bedrag, ertoe strekkende de verkrijger iets te verschaffen dat *geïndividualiseerd* is en waarover hij *feitelijke macht* heeft. Pas dan dient de kooptitel van toepassing te zijn. Vergelijk ook de door A-G Wuisman gekozen formulering:

“(…) met het ter beschikking stellen van software verandert er ook iets aan de zijde van de gebruiker: na de ter beschikking stelling van de software is bij de gebruiker ‘iets’ wat voordien niet was. Bij het beschikbaar stellen van de software met behulp van een drager betreft dat ‘iets’ niet louter de drager maar ook de daarop aangebrachte data in de vorm van elektromagnetische velden, die ‘tastbaar’ zijn in die zin dat zij kunnen worden omgezet in of geïnterpreteerd als instructies. Bij een download bestaat het ter beschikking gestelde ‘iets’ – dus wat er voordien niet was – alleen uit het gecreëerd zijn van ‘tastbare’ of te ‘interpreteren’ elektromagnetische velden op een al bij de gebruiker aanwezig drager, bijvoorbeeld de harde schijf van dienst computer. Dat ‘iets’ dat wordt verkregen, is niet alleen ‘tastbaar’, maar heeft bovendien economische waarde en is voor overdracht vatbaar.”⁵⁴

Door alle bepalingen over consumentenkoop van toepassing te verklaren op het nieuwe en (zoals hierboven beschreven) zeer brede begrip ‘digitale inhoud’, gaat de wetgever vele malen verder dan de Hoge Raad in het Beeldbrigade-arrest. Digitale inhoud omvat immers niet alleen standaardsoftware die als niet in tijdsduur beperkt gebruikersrecht wordt verkregen, maar ook allerlei andere vormen van levering van digitale inhoud, zoals streaming van muziek of video’s en levering van digitale inhoud ‘via een andere weg’.⁵⁵

Bij bijvoorbeeld streaming gaat de vergelijking (van de Hoge Raad) met eigendomsoverdracht naar onze mening in principe niet op vergeleken met de levering van een niet in tijdsduur beperkt recht op software door middel van een download. Streaming heeft immers juist een tijdelijk karakter, waarbij de gebruiker geen feitelijke macht verkrijgt over de inhoud en waarbij deze niet ‘geïndividualiseerd’ is. Gestreamde inhoud wordt bovendien niet opgeslagen op een drager die zich al dan niet al bij de ‘koper’ bevindt (althans niet permanent) en kan in beginsel ook niet worden overgedragen. Maar ook bij andere voorbeelden van de levering van digitale inhoud lijkt de toepassing van de consumentenkoopregels erg gezocht. Wat te denken van computerspellen die tegenwoordig online worden gespeeld? Waar men ooit spellen moest kopen, kon men vervolgens online uitbreiden en is het inmiddels gebruikelijk om zonder enige ‘eigen’ software te spelen.⁵⁶ Er is dus helemaal geen sprake meer van ‘overdracht’, het spelen is een dienst geworden. Het moge duidelijk zijn dat deze ontwikkeling niet beperkt is gebleven tot vrijetijdsbesteding. Door middel van clouddiensten worden uiteenlopende diensten geleverd, die allemaal als digitale inhoud kwalificeren.

Zoals hieronder nog nader zal worden besproken, is het zeer de vraag of overeenkomstige toepassing van het (consumenten)

kooprecht op dergelijke overeenkomsten in alle gevallen gerechtvaardigd en wenselijk is. De lijn van ‘analogie’ met de essentie van koop wordt overigens ook (weliswaar in een iets andere context) in de baanbrekende UsedSoft-uitspraak van het Hof van Justitie toegepast.⁵⁷

Onduidelijk toepassingsbereik

Een interessante vervolgvraag is welke bepalingen er vervolgens van overeenkomstige toepassing zijn op de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd. Het voorgestelde art. 7:5 lid 5 verklaart daarop immers enkel de bepalingen over *consumentenkoop* van toepassing. Betekent dit dat slechts de consumenten-specifieke bepalingen van het kooprecht moeten worden toegepast? Of geldt dit voor de hele eerste titel van Boek 7 BW, maar dan slechts voor zover van toepassing op consumenten?⁵⁸

Hoewel het antwoord logisch lijkt - namelijk toepassing van alle bepalingen zoals al dan niet aangepast voor consumenten - geeft de wijze van omzetting zelf aanleiding voor deze vraag. Zo is de regeling van risico-overgang in art. 7:11 BW niet van toepassing op de levering van digitale inhoud. Moet je dan wél terugvallen op de algemene bepaling in art. 7:10 BW? En wat betekent het niet van toepassing zijn van art. 7:9 BW? Zoals al aangestipt, bevat deze bepaling de essentie van de verplichtingen van de verkoper. Daarmee heeft de wetgever echter niet alleen de verplichting tot eigendomsoverdracht uitgesloten, maar ook de verplichting tot levering zelf. Wat blijft er dan nog over van de overeenkomst tot levering van digitale inhoud? Ten overvloede zij opgemerkt dat ook in dit verband de verwijzing naar Beeldbrigade opvallend is, daar ging het immers juist om een B2B-kwestie. Bij de integrale overeenkomstige toepassing van titel 7.1 BW is vervolgens een legio aan voorbeelden te bedenken van bepalingen waar de vraag naar de wenselijkheid en/of de wijze van overeenkomstige toepassing zich opdringt. Hoe moet de omkering van de bewijslast de eerste 6 maanden worden toegepast (art. 7:18 lid 2 BW)? Verzet zich de

52. HR 27 april 2012, *NJ* 2012/239, *De Beeldbrigade / Huls-kamp*, r.o. 3.6.
53. Zie rechtsoverweging 3.6, eerste en tweede zin (in het bijzonder de woorden ‘daarvan uitgaande’). Vgl. ook rechtsoverweging 3.5 eerste alinea.
54. HR 27 april 2012, *NJ* 2012/239, punt 3.12.3 van de conclusie van A-G Wuisman.
55. Overweging 19 Richtlijn, waarin *streaming* expliciet wordt genoemd, maar ook wordt verwezen naar ‘toegang (...) langs een andere weg’.
56. Een mooi voorbeeld zijn *role-playing games* (RPG’s). Nadat deze jarenlang op - en tegen - de computer werden gespeeld, was het met de opkomst van snellere internetverbinding mogelijk om ook online tegen andere spelers te strijden. Daaruit is inmiddels een nieuw soort spel ontstaan, namelijk *massively multiplayer online role-playing games* (MMORPG), die uitsluitend online worden gespeeld.
57. HvJ EG 3 juli 2012, C-128/11, *UsedSoft / Oracle* waarin het Hof van Justitie ten aanzien van de uitputting van het auteursrecht ook van belang achtte dat er sprake was van een eeuwigdurende licentie die vergelijkbaar was met eigendomsoverdracht.
58. Zoals aangenomen wordt in W.F.R. Rinzema en F.B. Melis, ‘Wat betekent het kooprecht voor zakelijke softwarelicenties?’, *CR* 2013/43.

aard van de verplichting, bijvoorbeeld streaming, niet hier-
tegen? Wat is de betekenis van storingen of haperingen van
de levering van digitale inhoud die worden veroorzaakt door
de internetverbinding van de gebruiker of andere netwerk-
storingen? Hoe kan de kwaliteit van de levering van digita-
le inhoud worden bepaald zonder dat er een 'blijvend' resul-
taat is? En heeft de consument recht op vervanging als hij
beweert dat de levering niet deugde, bijvoorbeeld op grond
van een storing kort was onderbroken? Ook het verplicht
bieden van de mogelijkheid tot betaling van 50% van de
prijs bij of na levering lijkt hier minder op zijn plaats dan bij
koop van producten (art. 7:26 lid 2 BW). En wat te denken
van de toepassing van het regresrecht van de 'eindverkoper'
(art. 7:25 BW)? Geldt deze bepaling, die slechts B2B ver-
houdingen regelt, ook voor regres in de keten van leverin-
gen van digitale inhoud (dus tot en met de producent)? Deze
voorbeelden laten zien dat de gekozen omzetting te star is
nu art. 7:5 lid 5 geen 'escape' biedt om bepaalde bepalingen
die niet stroken met de aard van digitale inhoud buiten be-
schouwing te laten. Dit zou bijvoorbeeld middels een klas-
sieke schakelbepaling (zoals nu in art. 7:47 BW) wel moge-
lijk kunnen zijn.

Onduidelijk is verder of de bepalingen uit de kooptitel ook
van toepassing zijn op digitale inhoud indien er géén sprake
is van consumentenkoop (dus in B2B verhoudingen).

Ook al lijkt dit op grond van de gekozen aanpak niet het ge-
val, dan nog blijft het Beeldbrigade-arrest van de Hoge Raad
en de (te brede) uitleg die de wetgever daaraan geeft be-
staan. Zo is bijvoorbeeld de verkorte verjaringstermijn van
art. 7:23 lid 2 BW (waarop het Beeldbrigade-arrest zag) toe-
passelijk in zowel B2B als B2C-relaties. Uit het Beeldbriga-
de-arrest volgt weliswaar dat deze bepaling van toepassing
is in het kader van de 'koop' van een niet in tijd beperkt ge-
bruiksrecht op standaardsoftware, maar onduidelijk is of de
wetgever van mening is dat deze bepaling ook in het kader
van B2B-streaming van overeenkomstige toepassing is. De
Hoge Raad leek daar in april 2012 in ieder geval nog niet
aan te willen en ook in het huidige wetsvoorstel en de Me-
morie van Toelichting daarbij wordt hierover geen duidelijk-
heid over geboden. Dit is te betreuren omdat de wetgever
met zijn uitleg van het Beeldbrigade-arrest een mogelijke re-
flexwerking van de levering van digitale inhoud aan consu-
menten niet alleen open laat, maar ook voedt.

De verplichting van de verkoper

Uit art. 7:5 lid 5 BW volgt dat drie bepalingen van de consu-
mentenkoop - namelijk eigendomsoverdracht én leverings-
verplichting (in het algemeen), risico-overgang bij consu-
menten en de verzuimregeling voor consumenten⁵⁹ - niet
van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de le-
vering van digitale inhoud. De reden daarvoor is volgens de
Memorie van Toelichting dat art. 17 van de Richtlijn bepaalt
dat de regelingen met betrekking tot levering (art. 18 Richt-
lijn) en risico-overgang (art. 20 Richtlijn) niet van toepas-
sing zijn op digitale inhoud die niet op een materiële drager
is geleverd.⁶⁰

Ook hier lijkt de wetgever echter te kort door de bocht te
gaan. Aan art. 7:9 BW wordt weliswaar een nieuw lid 4 toe-
gevoegd over de levering bij consumentenkoop (ter omzet-
ting van art. 18 lid 1 Richtlijn), maar voor het overige wordt
deze bepaling niet aangepast. Art. 17 Richtlijn noopt dus
niet tot het uitsluiten van héél art. 7:9 BW op digitale inhoud
en deze bepaling bevat ook de (algemene) verplichting tot

levering. Het is de vraag of het nu wel zo'n verstandige keu-
ze is om heel art. 7:9 niet van toepassing te verklaren. Zo-
als al uiteengezet, valt hiermee immers één van de hoofdver-
plichting van de verkoper weg, namelijk de verplichting tot
levering. Het is de vraag wat dan nog de concrete verplich-
ting is van de verkoper bij 'levering' van digitale inhoud.

Drager versus geen drager

Een laatste aandachtspunt is dat in het kader van (de toepas-
selijkheid van) het kooprecht in het huidige wetsvoorstel een
onderscheid wordt gemaakt tussen digitale inhoud die *wel*
en digitale inhoud die *niet* op een materiële drager geleverd
wordt. Dit is opmerkelijk omdat ook dit niet te rijmen valt
met het Beeldbrigade-arrest. De Hoge Raad en de advocaat-
generaal maakten dit onderscheid juist expliciet niet. Zoals
A-G Wuisman uiteenzet in de hierboven geciteerde passa-
ge, geldt immers in beide gevallen dat de software uiteinde-
lijk op een drager wordt geleverd, zij het dat deze zich in het
geval van een download al bij de 'koper' bevindt.⁶¹ Dit lijkt
ons ook een terechte conclusie.⁶²

De wetgever maakt nu in het wetsvoorstel voor wat betreft
de levering van digitale inhoud in consumententransacties
echter wél een onderscheid. Wordt de levering van digita-
le inhoud op een materiële drager slechts gezien als de le-
vering van de drager zelf? En gelden vervolgens de consu-
mentenkoopregels niet voor de digitale inhoud die op deze
drager zit? In dat geval zou de consument beter zijn gesteld
als hij digitale inhoud zonder materiële drager koopt, wat
raar is en ook niet te rijmen valt met het feit dat consu-
menten digitale content blijven kopen via de traditionele dragers
(dus cd's en dvd's). Bovendien lopen ook hier consumen-
tentransacties, in ieder geval wat betreft de 'koop' van soft-
ware, niet in pas met B2B transacties, waarvoor Beeldbriga-
de nog steeds geldt.

5. Conclusies

In onze eerdere bijdrage hebben we ten aanzien van de
Richtlijn zelf geconcludeerd dat deze weliswaar overeen-
komsten op afstand c.q. e-commerce met succes in lijn heeft
gebracht met de technische ontwikkelingen en commerciële
realiteit van heden, maar dat daarbij geen radicale stappen
zijn gezet. Is dit beeld nu anders als we kijken naar de voor-
gestelde omzetting in Nederland?

Wat betreft de omzetting van de Richtlijn zelf, heeft de wet-
gever zich - mede als gevolg van de maximumharmonisa-
tie - nauw aan de bepalingen van de Richtlijn gehouden.

We hebben dan ook maar enkele afwijkingen geconstateerd
die in het lopende wetgevingsproces nog eenvoudig gecor-

59. Art. 7:9, 7:11 en 7:19a BW.

60. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3 (Memorie van
Toelichting), p. 57.

61. Zie ook het hierboven aangehaalde citaat van de A-G,
waarin wordt aangegeven dat in beide gevallen er uitein-
delijk 'iets' op een drager komt te staan, welke zich al dan
niet al bij de gebruiker bevindt.

62. Zo ook: Westerdijk in zijn noot bij het Beeldbrigade-arrest
in *CR* 2012/154. Ook Rinzema acht dit 'gemakkelijker',
maar wijst al wel op het feit dat bij de implementatie van
de Richtlijn Consumentenrechten hiervoor nog wel een op-
lossing moet worden gevonden (W.F.R. Rinzema, 'Pleidooi
voor het kopen van standaardsoftware', *NJB* 2012/1601, p.
4).

rigeerd kunnen worden. Daarnaast hebben we vraagtekens geplaatst bij bepaalde wetstechnische dan wel dogmatische keuzes die de wetgever heeft gemaakt. Dit ziet enerzijds op enkele (loutere) verwijzing naar de Richtlijn wat betreft berekening van termijnen en de formulieren voor herroeping. Anderzijds heeft de wetgever de kans laten liggen om de eerder al gemaakte, naar onze mening dogmatisch ongelukkige, keuze voor het aansluiten bij het wettelijke begrip 'ontbinding' te corrigeren. Het valt te hopen dat de wetgever ook deze punten met het oog op duidelijke(re) consumentenbescherming en -voorlichting nog aan zal passen.

Dat de wetgever bereid is om op eerder dogmatische keuze terug te komen, blijkt ook uit de verhuizing van de afdeling van overeenkomsten op afstand uit de kooprechtstitel in Boek 7 naar een eigen afdeling in Boek 6. Daarmee heeft het BW nu ook één plek waarin in ieder geval het algemene contractenrecht voor consumenten is geconcentreerd. We juichen dit besluit van de wetgever om de Richtlijn (grotendeels) te implementeren in Boek 6 BW dan ook toe.

Met de verruiming van het consumentenkooprecht door het overeenkomstig van toepassing verklaren ervan op de levering van digitale inhoud, heeft de wetgever echter de plank mis geslagen. Om te beginnen, geeft de Richtlijn geen aanleiding hiervoor. De bepalingen over de levering van digitale inhoud zien immers slechts op informatieplichten en het herroepingsrecht. Toch heeft de wetgever het nodig geacht om actie te ondernemen en heeft (op drie uitzonderingen na) *alle* regels van de consumentenkoop van toepassing op de levering van digitale inhoud verklaard. Opvallend bij deze aanpassingen uit eigen koker is dat de wetgever een verkeerd beroep doet op het Beeldbrigade-arrest van de Hoge Raad en de gevolgen van deze keuzes niet goed lijkt te hebben doordacht.

Uiteraard is het uiteindelijk de wetgever en niet de Hoge Raad die gaat over *de lege ferenda*, dus de rechtspolitieke vraag of het kooprecht al dan niet van toepassing dient te zijn op de levering van digitale inhoud. Hoewel wij er voorstander van zijn dat in de wetgeving duidelijkheid wordt geboden over de juridische status van digitale inhoud naar Nederlands recht, roept het huidige voorstel - zeker gezien de gebrekkige motivering van de wetgever - meer vragen op dan het antwoorden biedt. In onze ogen had de wetgever er beter aan gedaan om te komen met een gefundeerd en uitgedacht voorstel voor de aanpassing van het hele BW (waar nodig inclusief het goederenrechtelijke stelsel) aan het huidige tijdperk.

Een beter doordachte keuze is ook van groot belang voor de rechtszekerheid nu het fenomeen 'digitale inhoud' een groot spectrum aan nieuwe diensten bestrijkt die via het internet worden verleend. Het gaat daarbij om de meest recente ontwikkelingen op het internet die door het op dat punt doorgeschoten wetsvoorstel in gevaar kunnen komen. Ook als deze wetswijziging niet als zodanig onder de Richtlijn (en daarmee het verbod tot het opnemen van verdergaande bepalingen) valt, kunnen we ons niet onttrekken aan de vraag of Nederland met deze regeling niet via de achterdeur weer een obstakel opwerpt voor een belangrijk onderdeel van de grensoverschrijdende dienstverlening op afstand. Dit kan uiteraard niet de bedoeling van de Europese wetgever zijn geweest.