

Hoe digitale inhoud door ons BW stroomt

Computerrecht 2014/70

Editorial

De implementatiewet richtlijn consumentenrechten bepaalt dat aan art. 7:5 BW een vijfde lid wordt toegevoegd op grond waarvan de bepalingen over consumentenkoop, met enkele uitzonderingen, van overeenkomstige toepassing zijn op de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd.¹ Dat zou betekenen dat de consumentenkoopregels van toepassing zijn op streamingdiensten (bijv. Spotify, Netflix). Onder digitale inhoud wordt immers, naast software, ook muziek en video's verstaan.² In de literatuur³ en in de Eerste Kamer is daar terecht veel kritiek op geweest. De minister ging overstag en zei toe spoedig met een reparatiewet te komen waardoor de consumentenkoopregels 'niet van toepassing zijn op overeenkomsten waarbij digitale inhoud niet op een materiële drager maar via *streaming* wordt geleverd'.⁴ De Eerste Kamer nam met die uitleg genoegen en nam vervolgens de wet aan.

De gevoerde discussies wil ik niet allemaal opnieuw voeren, maar wel een paar kanttekeningen plaatsen bij één onderwerp dat mij intrigeert: de kwalitatieve toetsingsmaatstaf die al dan niet van toepassing is op streamingdiensten en daarmee geleverde digitale inhoud. Als de consumentenkoopregels ook daarop van toepassing zouden zijn, zou de conformiteitsmaatstaf van art. 7:17 lid 1 en 2 BW als kwalitatieve toetsingsmaatstaf moeten worden toegepast. Met Neppelenbroek ben ik eens dat het in art. 7:17 BW besloten liggende toetsingsmoment, het moment van aflevering, niet past bij continue geleverde diensten zoals streamingdiensten. Ook ben ik met hem eens dat de minister, voordat hij om ging, gewrongen redeneerde door art. 7:17 BW van toepassing te laten zijn op gebreken ten tijde van de eerste toegang en het algemene verbintenissenrecht van boek 6 BW op nadien optredende gebreken.⁵

Door vervolgens te suggereren dat streamen als huur moet worden gekwalificeerd teneinde de beter passende huurrechtelijke pendant van de conformiteitsmaatstaf (art. 7:204 BW) toe te kunnen passen, schiet Neppelenbroek naar mijn idee echter te ver door naar de andere kant. Daardoor worden immers ineens allerlei andere, slecht passende huurbepalingen van kracht, bijv.: de huurder is op eigen kosten verplicht tot klein herstel (art. 7:217 BW). Daarvan kan natuurlijk worden betoogd dat die bepaling niet van toepassing is omdat de aard van die bepaling of de aard van het recht zich daartegen verzet (art. 7:201 lid 2 BW).⁶ Alleen, doen we dan niet in essentie hetzelfde als wat we de minister verweten: het toepassen van een systeem dat niet helemaal of helemaal niet past?

De andere door Neppelenbroek gesuggereerde kwalificaties (opdracht, sui generis) brengen volgens hem met zich dat de digitale inhoud aan de normale verwachtingen moet voldoen. Maar waar staat dat in ons BW? Als we de overeenkomst als opdracht kwalificeren, zegt art. 7:401 BW iets over de zorg die de opdrachtnemer

1 Stb. 2014, 140.

2 Overweging 19 Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten.

3 Zie met name Chr. Jeloschek en V. van Druenen, 'De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand', *Internetrecht* 2013/2, p. 36-44. E.D.C. Neppelenbroek, 'Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!', *NJB* 2013/2014, afl. 33 en M.B.M. Loos, 'Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht', *NJB* 2013/2255, afl. 38.

4 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33520, E, p. 2 (nadere MvA). Zie ook stenogram van de plenaire vergadering van 11 maart 2014 op de website van de Eerste Kamer.

5 E.D.C. Neppelenbroek, 'Digitale inhoud en consumentenkooprecht', *NJB* 2014/413, afl. 8 reagerend op *Kamerstukken I* 2013/14, 33520, C, p. 4-5 (MvA).

6 Met gebruikmaking van de gebruikelijke uitzondering: de 'aard en strekking verzet zich tegen etc.'

bij het verrichten van zijn werkzaamheden in acht moet nemen (=proces, de zorg waarmee hij zijn streamingwerkzaamheden verricht), maar niets over de maatstaf waaraan het opgeleverde (=deliverable, de digitale inhoud zelf) moet voldoen. Als we voor de kwalificatie sui generis kiezen, dan vallen we terug op het algemene verbintenissenrecht. Dat is ook de rechtsbescherming die volgens de minister overblijft en waardoor de consument er volgens hem in de praktijk niet op achteruit gaat.⁷ In boek 6 BW staat evenmin dat de digitale inhoud aan de normale verwachtingen moet voldoen. Om alsnog een quasi conformiteitsmaatstaf in de overeenkomst te lezen, zullen we onze toevlucht moeten nemen tot de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 1 BW en daarmee tot de vaagste en meest rechtsonzekere norm. En dat lijkt me ook niet wenselijk.

Deze discussie is het zoveelste voorbeeld hoe we ons, inmiddels al zo'n 30 jaar, in allerlei bochten wringen om overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud juridisch te kwalificeren aan de hand van een niet daarvoor geschreven Burgerlijk Wetboek. Zo langzamerhand wordt het toch echt tijd ons BW te upgraden. Misschien krijgen we dan zelfs een concrete, volcontinue conformiteitsmaatstaf met betrekking tot gestreamde digitale inhoud.

⁷ Kamerstukken I 2013/14, 33520, E, p. 2 (nadere MvA) waar hij specifiek wijst op titel 6.5 BW.