

Dynamische conformiteit bij gebruik van big data

Prof. mr. A.G. Castermans¹

Mr. dr. T.J. de Graaf²

1. De slimme thermostaat

Consumentenproducten worden steeds complexer. De waarde van het gekochte schuilt in toenemende mate niet in de gekochte hardware, maar in de zich via internet automatisch updatende en upgradende *embedded software* die op basis van grote hoeveelheden data (*big data*) realtime analyses maakt en autonoom handelt (*internet of things*). Stel dat de software van zo'n *smart device* op basis van *big data* een verkeerde berekening maakt en daardoor verkeerd

1 Prof. mr. A.G. Castermans is als hoogleraar Burgerlijk Recht verbonden aan de Universiteit Leiden.

2 Mr. dr. T.J. de Graaf is verbonden aan de Universiteit Leiden als universitair docent Burgerlijk Recht en als universitair docent e-Law.

handelt, wie is daarvoor op welke grond aansprakelijk? Wij spitsen de vraag toe op het contractenrecht, aan de hand van de volgende casus.

Een consument laat zich *online* een thermostaat aanwrijven, die in een domoticasysteem is geïntegreerd en met het internet is verbonden. Op het moment dat de consument de thermostaat verkrijgt, is de functionaliteit nog simpel: de thermostaat kan met behulp van een app op afstand aan en uit worden gezet. Om de paar weken wordt 'gratis' meer functionaliteit aangeboden en de consument installeert die nieuwe functionaliteit gretig onder gelijktijdige acceptie van (een al dan niet gewijzigde) End User License Agreement (EULA). Op een gegeven moment is de thermostaat zo slim dat hij op basis van steeds wisselende *big data*-bronnen de temperatuur in een kamer automatisch aanpast. Eén jaar na de aanschaf van de thermostaat gaat er iets mis. Tijdens de wintersport waakt de thermostaat over de temperatuur aan het thuisfront. Die daalt zover dat de waterleiding bevriest.

Op basis van welke contractuele normen moet worden vastgesteld of sprake is van een tekortkoming in de nakoming? Voor het antwoord op deze vraag onderzoeken wij de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen consument en leverancier (paragraaf 2). De consumentkoper stuit op de horde dat aan het conformiteitsvereiste moet zijn voldaan ten tijde van de aflevering van de thermostaat (paragraaf 3). Vernieuwende inzichten kunnen worden ontleend aan het leerstuk van de dynamische uitleg en aan de Voorstelrichtlijn Levering digitale inhoud (paragraaf 4).

2. Kwalificatie van de rechtsverhouding

De eerste vraag is hoe de rechtsverhouding moet worden gekwalificeerd. Twee bijzondere overeenkomsten liggen voor de hand: de consumentenkoopovereenkomst en de overeenkomst

van opdracht. De consument heeft immers de thermostaat gekocht en vervolgens bij wijze van dienst steeds updates en upgrades ontvangen.

Het maakt uit wat voor soort overeenkomst de tekortkoming beheerst. De hoofdverplichtingen van de verkoper en de opdrachtnemer verschillen, net als het ijkmoment waarop zij moeten worden beoordeeld en het aanvangsmoment van de termijn waarbinnen moet worden geklaagd.

De verbintenis van de verkoper bij een consumentenkoop heeft het karakter van een resultaatsverbintenis, inhoudende dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst dient te beantwoorden (art. 7:17 jo. 7:18 lid 1 BW, met bewijsvermoeden in art. 7:18 lid 2 BW) en wel ten tijde van de aflevering.³

Bij een overeenkomst van opdracht is sprake van een inspanningsverbintenis. De opdrachtnemer moet bij de uitvoering van de opdracht – op ieder moment – de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (art. 7:401 BW).⁴

Bij opdracht begint de klachttermijn te lopen op het moment dat de consument het gebrek ontdekte of had behoren te ontdekken (art. 6:89 BW), terwijl bij koop als regel geldt dat klagen binnen twee maanden na ontdekking sowieso tijdig is (art. 7:23 lid 1 BW).

3. Statische conformiteit

Het feit dat bij koop moet worden vastgesteld of de thermostaat bij aflevering non-conform is, bemoeilijkt de positie van de

3 Asser/Hijma 7-I* 2013/332 onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), 1991, p. 118 (TM).

4 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/95-96.

consumentkoper indien de thermostaat bij aflevering uitstekend functioneerde, maar is gaan haperen ten gevolge van één van de updates of upgrades of de binnengehaalde data. Indien de consument daarom zijn toevlucht zoekt in de overeenkomst van opdracht, kan hij niet volstaan te stellen en zo nodig te bewijzen dat de thermostaat de eigenschappen ontbeert die hij mocht verwachten. Hij zal aannemelijk moeten maken dat de opdrachtnemer niet heeft voldaan aan zijn zorgplicht. Bovendien krijgt hij te maken met een strengere klachtplicht.

De Europese wetgever is de consumentkoper tegemoet gekomen door in bepaalde gevallen de consumentenkoopbescherming een ruimer toepassingsbereik te geven. Als de consument de thermostaat koopt en laat installeren (art. 7:750 BW), dan wordt een ondeugdelijke installatie gelijkgesteld aan een gebrek in de gekochte zaak (art. 7:18 lid 3 BW).⁵

Toch helpt zij de consument in de beschreven casus niet. Installatie in de zin van artikel 7:18 lid 3 BW geschiedt immers ten tijde van de aflevering of kort daarna en niet continu daarna, zoals in casu bij het voortdurend updaten en binnenhalen van data. Die bepaling is overigens in lijn met artikel 8 lid 2 van het Richtlijnvoorstel online verkoop, waarin wordt bepaald dat als het tijdstip waarop de installatie is voltooid, wordt beschouwd het tijdstip waarop de consument de goederen fysiek in bezit heeft gekregen.⁶ Als daarvan

5 Ter implementatie van art. 2 lid 5 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, waarover Asser/Hijma 7-I* 2013/354a.

6 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen, COM(2015) 635 final. Zie ook overweging 24. De online koop van een thermostaat valt onder het Richtlijnvoorstel online verkoop als software en data (digitale inhoud) en de verwerking daarvan door de thermostaat ondergeschikt zijn aan de hoofdfunctie van de thermostaat. Zie overweging 13 van het Richtlijnvoorstel

sprake is, dan is sprake van koop in de zin van dat voorstel en moet de (non-)conformiteit, zoals we gewend zijn, volgens art. 8 lid 1 worden vastgesteld op het moment van aflevering. Door dit toetsingsmoment loopt de consument in het thermostaatvoorbeeld, net als in het huidige Nederlandse recht, het risico dat hij zich niet op non-conformiteit kan beroepen.

4. Dynamische conformiteit

De Hoge Raad heeft bepaald dat de koopregeling niet alleen van toepassing is op zaken, maar ook (in bepaalde gevallen) op computerprogrammatuur.⁷ Dientengevolge zou de koop op twee elementen kunnen zien: de thermostaat en de updates, waarbij de prijs voor de updates moet worden geacht te zijn inbegrepen in de oorspronkelijk bedongen prijs. In het kader van artikel 7:17 BW moet er dan ruimte zijn voor een onderzoek naar de vraag of en zo ja, in hoeverre de verwachtingen van de consumentkoper ter zake van de eigenschappen van de thermostaat worden beïnvloed door zijn verwachtingen ter zake van de later af te leveren updates. De uitkomst zal kunnen zijn dat die updates geschikt moeten zijn voor de eerder afgeleverde thermostaat, zoals ook de thermostaat geschikt moet zijn voor de updates. Het ijkmoment is dan, als vanzelfsprekend, het moment van de aflevering van de update.

online verkoop waarin staat dat die richtlijn van toepassing moet zijn 'op digitale inhoud die is verwerkt in goederen als huishoudelijke apparaten of speelgoed waarin de digitale inhoud zodanige is verwerkt dat de functies ervan ondergeschikt zijn aan de voornaamste functies van de goederen en die digitale inhoud als integrerend deel van de goederen functioneert.' en overweging 11 van het Richtlijnvoorstel digitale inhoud waarin staat dat die richtlijn niet van toepassing mag zijn op 'digitale inhoud die zodanig in goederen is verwerkt dat deze inhoud als een integrerend deel van die goederen functioneert en de functies ervan aan de hoofdfuncties van de goederen ondergeschikt zijn.' Vergelijk voor afbakeningsproblemen M.B.M. Loos, 'Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (II)', *NtEr* 2016-4, p. 149-150.

7 HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, NJ 2012/293 (*De Beeldbrigade*).

Steun voor deze lijn zou kunnen worden gevonden in wat Valk de dynamische uitleg heeft genoemd.⁸ De uitleg van de rechtsverhouding tussen partijen draagt een dynamisch karakter, in de zin dat die verhouding zich kan ontwikkelen, waarbij hetgeen tussen partijen eerder gold, wordt achterhaald door hetgeen zij in een later stadium over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden.⁹ Vertaald in termen van conformiteit komt het er op neer dat moet worden nagegaan of de koper mag verwachten dat eigenschappen van de thermostaat mede worden bepaald door updates die worden geleverd ná de aflevering en installatie van de thermostaat zelf.¹⁰

Steun voor deze lijn zou ook kunnen worden gevonden in het Richtlijnvoorstel digitale inhoud.¹¹ Indien de hoofdfunctie van de thermostaat zit in de digitale inhoud en de verwerking daarvan, dan is denkbaar dat de voorgenomen richtlijn daarop van toepassing zal zijn. De leverancier is jegens de consument aansprakelijk voor elk gebrek aan overeenstemming met de overeenkomst dat bestaat op het tijdstip waarop de digitale inhoud wordt geleverd (art. 10 onder (b) van het Richtlijnvoorstel). Tenzij anders is overeengekomen is de digitale inhoud die wordt geleverd, in overeenstemming met de meest recente versie van de digitale inhoud die ten tijde van de sluiting van de overeenkomst beschikbaar was (art. 10 lid 4 van het

8 H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadviezen van de Vereniging voor Burgerlijk recht, Zutphen: Paris 2016, p. 28 e.v. Andere mogelijkheden zijn het uitdrukkelijk of stilzwijgend wijzigen van de overeenkomst of zelfs het van kleur verschieten daarvan.

9 Zie ook onderdeel 2.13 van de conclusie van advocaat-generaal Valk voor HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:315, *RvdW* 2017/309 (*Parking*).

10 Voor een volcontinue conformiteitsmaatstaf bij streaming pleitte eerder T.J. de Graaf, 'Hoe digitale inhoud door ons BW stroomt', *Computerrecht* 2014/3, nr. 70. Zie verder de daarin opgenomen literatuur en inmiddels art. 7:5 lid 5 BW.

11 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, COM(2015) 634 final.

Richtlijnvoorstel). Indien de overeenkomst dan voorts bepaalt dat de digitale inhoud gedurende een bepaalde termijn wordt geleverd, dan zou de digitale inhoud volgens art. 6 lid 3 van het Richtlijnvoorstel ‘gedurende die gehele termijn’ aan de conformiteitsmaatstaf van art. 6 dienen te voldoen. De leverancier is in dat geval op grond van art. 10 onder (c) aansprakelijk voor elk gebrek dat zich tijdens die termijn voordoet.¹²

Voorzichtigheid is geboden, aangezien uit overweging 17 van het richtlijnvoorstel, zou kunnen worden afgeleid dat aansprakelijkheid die verband houdt met *the internet of things* is uitgesloten van het toepassingsgebied van het voorstel:

‘Digitale inhoud is hoogst relevant in het kader van het internet van de dingen. Het is echter raadzaam om specifieke kwesties inzake de aansprakelijkheid in verband met het internet van de dingen, waaronder de aansprakelijkheid voor gegevens en overeenkomsten betreffende de interactie tussen machines, afzonderlijk te regelen.’

Als dat zo is, is dat teleurstellend, want juist op dat gebied zou het welkom zijn dat de Europese wetgever enige richting geeft. De tekst van het Richtlijnvoorstel sluit toepasselijkheid echter niet uit.

5. Afronding

Het traditionele consumentenkooprecht gaat ten onrechte uit van een statische situatie waarbij het gekochte product niet verandert na het sluiten van de koopovereenkomst. De realiteit bij *the internet of things* is echter dat het product, de gebruikte

12 Voor meer nadruk voor de toepassing op de conformiteitseis op diensten na aflevering zie C. Wendehorst, ‘Consumer Contracts and the Internet of Things’ in: R. Schulze & D. Staudenmayer, *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Nomos: Baden-Baden, 2016, p. 211-218.

data en de verwerking daarvan aan voortdurende verandering onderhevig zijn. Daardoor is het moment waardoor conformiteit bij koop wordt getoetst, te weten het moment van aflevering, vanuit consumentenbeschermingsperspectief niet meer het juiste moment.

Een dynamisch conformiteitsbegrip zou beter passen bij de koop van apparatuur die afhankelijk is van big data en de daarvoor benodigde software. Het Richtlijnvoorstel digitale inhoud zou deze ontwikkeling kunnen steunen, zeker als de regelgever bereid zou blijken de werkingssfeer van de richtlijn uit te laten strekken tot *the internet of things*. Zo'n begrip zou de belangrijkste horde voor de consumentkoper, te weten dat hij niet kan bewijzen dat de non-conformiteit al ten tijde van de aflevering bestond, wegnemen.

