



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De implementatie van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud in het BW: de implicaties voor het bestaande hiërarchische systeem van remedies

Mak, V.; Op Heij, D.J.B.

Citation

Mak, V., & Op Heij, D. J. B. (2021). De implementatie van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud in het BW: de implicaties voor het bestaande hiërarchische systeem van remedies. *Tijdschrift Voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2021(5), 272-280. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3277162>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3277162>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De implementatie van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud in het BW: de implicaties voor het bestaande hiërarchische systeem van remedies

In dit artikel belichten wij het hiërarchisch systeem van remedies bij consumentenkoop en bij contracten voor digitale inhoud naar aanleiding van de implementatie van twee nieuwe Richtlijnen: Richtlijn (EU) 2019/771 inzake consumentenkoop en Richtlijn (EU) 2019/770 betreffende overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Wij concluderen dat in beide richtlijnen een hiërarchie herkenbaar blijft met nakoming als primaire remedie, maar dat het hiërarchische systeem door een aantal nieuwe regels wordt afgezwakt. Ontbinding en prijsvermindering komen voor consumenten eerder beschikbaar, waardoor het belang van nakoming mogelijk zal afnemen.

1. Inleiding

Uiterlijk 1 juli 2021 moesten de nieuwe Europese Richtlijn consumentenkoop (2019/771) en de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770) zijn geïmplementeerd in nationaal recht.¹ Deze termijn is niet gehaald.² De Nederlandse wetgever heeft met wat vertraging een implementatiewet gepubliceerd,³ die inmiddels vrijwel het gehele wetgevingsproces heeft doorlopen. De laatste versie van 16 februari 2021 bevat een aantal amendementen naar aanleiding van het advies van de Raad van State.⁴ Een opvallend punt van discussie blijkt de hiërarchie van remedies voor non-conformiteit. Onder het huidige recht is nakoming, in de vorm van herstel of vervanging, de primaire remedie voor non-conformiteit. Ontbinding van de overeenkomst en prijsvermindering zijn pas mogelijk indien die remedies onmogelijk zijn, van de verkoper niet geleverd kunnen worden, of niet binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast kunnen worden bewerkstelligd.⁵ De nieuwe Richtlijn consumentenkoop introduceert een aantal additionele gronden voor de inroepbaarheid van prijsvermindering of ontbinding. Die gronden lijken een verschuiving aan te brengen in het bestaande getrapte stelsel. Ook in de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten zijn gronden opgenomen op basis waarvan de consument onmiddellijk mag opteren voor prijsvermindering of ontbinding. In dit artikel analyseren wij in hoeverre het bestaande hiërarchische systeem zal wijzigen na implementatie van beide richtlijnen. Die vraag is praktisch relevant voor de rechtspositie van de consument, namelijk ten aanzien van de vrijheid die hij heeft te kiezen tussen de verschillende beschikbare remedies. In bredere zin kan de nieuwe rege-

ling worden gezien als een verschuiving in de hiërarchie van remedies in het contractenrecht. Wij analyseren de regels daarom in het licht van de systematiek van het verbintenissenrecht. De aanpak is juridisch-dogmatisch, waarbij onze analyse steun vindt in literatuur naar aanleiding van de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop 1999 en het wetsvoorstel voor implementatie van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop, alsmede het arrest *Weber en Putz* van het Europese Hof van Justitie uit 2011.

De structuur van het artikel is als volgt. Ten eerste zetten wij uiteen welke regels voor de hiërarchie van remedies bij consumentenkoop tot op heden, dat wil zeggen voor de implementatie van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop, van toepassing waren. Wij behandelen de achtergrond van deze hiërarchie uit Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop, de implementatie in het Nederlandse recht en de ontwikkelingen in de Europese rechtspraak sinds die tijd (par. 2). Daarna gaan wij in op de vraag welke regels gaan gelden onder het regime van de nieuwe Richtlijn en hoe deze regels zich verhouden tot het getrapte stelsel van remedies bij consumentenkoop (par. 3). Daarbij analyseren wij hoe de hiërarchie zich verhoudt tot de regels over ontbinding in het algemene verbintenissenrecht (par. 4). Onze conclusie is dat de nieuwe regels leiden tot een versterking van de positie van de consument doordat hij meer keuzevrijheid krijgt in de te opteren remedies. Bovendien sluiten de nieuwe regels goed aan bij de systematiek van het verbintenissen-

* Prof. mr. V. Mak is hoogleraar Civiel Recht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift.

** Mr. dr. D.J.B. Op Heij is universitair docent verbintenissenrecht bij Tilburg Law School.

1. Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, *PbEU* 2019, L 136/28. Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *PbEU* 2019, L 136/1.

2. Nota bij 35734 Wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud 1 juli 2021, p. 2. Via eerstekamer.nl/overig/20210707/bijlage_beslisnota_bij_35734/document.

3. *KamerstukkenII*, 2020/21, 35734, nr. 2.

4. *KamerstukkenII* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 36.

5. Art. 7:21 lid 1 en 3 BW, art. 7:22 BW.

recht. Nakoming is daarin nog steeds de primaire remedie.⁶ Tegelijk biedt de nieuwe regeling echter concrete handvatten voor de uitvoering van herstel of vervanging en versterkt daarmee de positie van de consument bij consumentenkoop. In het bijzonder in gevallen waar herstel of vervanging niet voorspoedig verloopt, biedt de nieuwe regeling een aantal concrete regels op grond waarvan de consument mag overgaan tot ontbinding of prijsvermindering. Gevolg van deze regeling is dat de hiërarchie van remedies, waarin nakoming de primaire remedie is, in de praktijk mogelijk aan belang inboet.

Ter vergelijking halen wij in het navolgende ook de regels over digitale inhoud aan die tegelijk met de nieuwe koopregeling worden geïmplementeerd in het BW (par. 5).⁷ In de memorie van toelichting is aangegeven dat de hiërarchie van remedies bij de regeling voor digitale inhoud en digitale diensten (in titel 7.1AA) wordt losgelaten.⁸ Hoewel de uitvoering van remedies in geval van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud een andere aanpak vereist dan de levering van goederen,⁹ geldt dit onzes inziens niet voor de hiërarchie van remedies. De hiërarchie ziet immers op de volgorde van de in te roepen remedies en niet op de inhoud (en rechtsgevolgen) van de remedies zelf.¹⁰ Wij betogen dat in de Richtlijn digitale inhoud geen afstand wordt gedaan van de opvatting dat nakoming de primaire remedie is en dat de hiërarchie van remedies van toepassing blijft. In dat opzicht sluit de Richtlijn aan op de in het Verenigd Koninkrijk al in 2015 in werking getreden Consumer Rights Act, die wij ter vergelijking zullen aanhalen. Wij sluiten het artikel af met een conclusie (par. 6).

2. Het hiërarchisch systeem van remedies bij consumentenkoop: de Richtlijn consumentenkoop uit 1999

Het huidige stelsel van remedies bij consumentenkoop is gebaseerd op de Richtlijn consumentenkoop uit 1999 en kent twee niveaus. Consumenten kunnen in eerste instantie kiezen tussen herstel of vervanging van een non-conforme zaak (art. 7:21 lid 1 BW). Zijn die remedies onmogelijk of kunnen ze niet van de verkoper worden gevergd (art. 7:21 lid 4 BW), dan kan een consument kiezen voor ontbinding van de overeenkomst of prijsvermindering op grond van artikel 7:22 BW. Die mogelijkheid ontstaat ook indien herstel of vervanging niet binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast kan worden bewerkstelligd (art. 7:22 lid 3 BW).

De keuze voor nakoming als primaire remedie is ingegeven door een aantal overwegingen met betrekking tot de bescherming van consumenten en de efficiëntie van remedies. Tegelijk wordt de hiërarchie van remedies uit de Richtlijn niet over de hele linie gezien als een verbetering van de consumentenbescherming in het BW (par. 2.1). De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft echter al tot een zekere afkalving van de hiërarchie van remedies geleid. Het Hof kende de nationale rechter in het arrest *Weber en Putz* een matingsbevoegdheid toe met betrekking tot installatiekosten bij vervanging. Die bevoegdheid kan er in de praktijk toe leiden dat consumenten onder omstandigheden eerder voor ontbinding kunnen, en waarschijnlijk zullen, kiezen (par. 2.2).

2.1. De hiërarchie van remedies in de Richtlijn consumentenkoop uit 1999

Het getrapte stelsel van remedies vormt de kern van de Richtlijn consumentenkoop uit 1999, waarbij het primaat bij de nakomingsvordering ligt.¹¹ De implementatie heeft voor het Nederlands recht destijds voornamelijk vorm gekregen door aanpassingen in bestaande artikelen.¹²

De hiërarchie van remedies is in de Richtlijn consumentenkoop uit 1999 als volgt vormgegeven. De Richtlijn bepaalt dat de remedies prijsvermindering en ontbinding ondergeschikt zijn aan herstel en vervanging, omdat consumenten enkel in de situaties uit artikel 3 lid 5 van de Richtlijn aanspraak kunnen maken op prijsvermindering of ontbinding.¹³ Het gaat dan om gevallen waarin herstel of vervanging onmogelijk zijn of niet van de verkoper gevergd kunnen worden.

De keuze om nakoming als primaire remedie voorop te stellen in de vorm van herstel of vervanging kan op verschillende gronden worden gerechtvaardigd. De remedie doet recht aan de verwachtingen van de consument-koper met betrekking tot correcte nakoming. Verder beschermt de hiërarchie van remedies de verkoper door hem een tweede kans op correcte nakoming te geven.¹⁴ Vanuit economisch oogpunt kan worden betoogd dat het primaat van nakoming, in plaats van ontbinding, leidt tot kosten-efficiëntie.¹⁵ Een nieuw argument om de nadruk te leggen op nakoming is dat dit bijdraagt aan duurzame consumptie. Hetzelfde product kan immers weer door de consument worden gebruikt terwijl in geval van ontbinding

6. Vgl. M.B.M. Loos, 'Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande', *TvC* 2019, afl. 3, p. 111.

7. Richtlijn (EU) 2019/770.

8. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 52.

9. Vgl. ook D.J.B. Op Heij, *De overeenkomst over digitale inhoud in een B2C-rechtsverhouding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 99.

10. D.J.B. Op Heij, *De overeenkomst over digitale inhoud in een B2C-rechtsverhouding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 78.

11. S. van Beek & H.N. Schelhaas, 'De invloed van het EU-recht op het Nederlandse consumentenkooprecht', *MvV* 2019, afl. 7/8, p. 275.

12. J.W.A. Biemans, 'Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen', in: A.S. Hartkamp e.a., *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2007, deel II, p. 295. Voor implementatie had de koper recht op herstel indien de verkoper hier redelijkerwijs aan kon voldoen. Vervanging was aan de orde tenzij de afwijking te gering is om dit te rechtvaardigen of 'de zaak het tijdstip dat de koper redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moet houden, teniet of achteruit is gegaan doordat hij niet als een zorgvuldig schuldenaar voor het behoud daarvan heeft zorggedragen'. Zie J.W.A. Biemans, 'Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen', in: A.S. Hartkamp e.a., *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2007, deel II, p. 313.

13. S. Jansen, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Cambridge: Intersentia 2018, p. 15.

14. V. Mak, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 150 en 201.

15. V. Mak, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 202.

het product mogelijk niet meer kan worden verkocht aan een andere consument.¹⁶

Niettemin bestaat ook in Nederland kritiek op het getrapte stelsel uit de Richtlijn. Van Beek en Schelhaas betogen dat de invoering van het getrapte stelsel van remedies niet over de hele linie tot een verbetering van het Nederlandse recht heeft geleid. De consument is immers, anders dan bij niet-consumentenkoop, niet vrij in de te kiezen remedies. Weliswaar geldt bij niet-consumentenkoop het verzuimvereiste, maar toch is het recht op ontbinding bij consumentenkoop door het getrapte stelsel beperkter dan bij niet-consumentenkoop. Van Beek en Schelhaas noemen daarbij het voorbeeld van artikel 6:83 onder c BW waarin de koper direct kan overgaan tot ontbinding indien uit een mededeling van de schuldenaar blijkt dat hij in de nakoming zal tekortschieten. Ook de fatale termijn uit artikel 6:83 onder a BW biedt meer bescherming dan de regeling voor consumentenkoop, bijvoorbeeld bij het bekende geval van de voor de huwelijksdatum te leveren bruidsjurk.¹⁷ De implementatie van de Richtlijn heeft er derhalve toe geleid dat de specifieke regels voor consumentenkoop onder omstandigheden minder bescherming bieden dan de algemene regels van het contractenrecht.

De nieuwe Richtlijn consumentenkoop uit 2019 brengt de regels mogelijk weer dichterbij elkaar. In de tussentijd heeft het HvJ EU in het arrest *Weber en Putz* de scherpe randjes al enigszins van de hiërarchie van remedies gehaald, tenminste voor zover het gaat om geïnstalleerde zaken.

2.2. HvJ EU *Weber en Putz*

In de gevoegde zaken *Weber en Putz* hebben nationale rechters prejudiciële vragen gesteld over de uitleg van artikel 3 van de Richtlijn consumentenkoop uit 1999, waarin het stelsel van remedies voor non-conformiteit is neergelegd. De eerste zaak betreft een tegelvloer die vlekken bevat. Herstel was alleen mogelijk door de tegels te verwijderen en nieuwe tegels te leggen. In de tweede zaak gaat het over een gebrekkige vaatwasmachine die niet kon worden hersteld. De koper wenste niet alleen een nieuwe vaatwasmachine, maar ook verwijdering en installatie van het apparaat dan wel vergoeding van de kosten.

Herstel was in beide zaken onmogelijk waardoor de betreffende consumenten opteerden voor vervanging. Het Hof oordeelde in antwoord op de prejudiciële vragen van de nationale rechters dat de verkoper verplicht is het goed zelf te verwijderen van de plaats waar het is geïnstalleerd en een vervangingsgoed te installeren dan wel de kosten hiertoe te vergoeden. Of dit contractueel is overeengekomen, speelt hierbij geen rol.¹⁸ Daarnaast verzet artikel 3

lid 3 van de Richtlijn consumentenkoop zich ertegen dat op basis van een nationale wettelijke regeling de enig mogelijke vorm van genoegdoening, namelijk vervanging, wordt geweigerd op grond van onevenredige kosten. Wel kan de regeling ertoe leiden dat de kosten voor verwijdering en installatie worden beperkt zodat de verkoper slechts een evenredig deel van de kosten hoeft te dragen.¹⁹

De toevoeging van de matigingsbevoegdheid voor nationale rechters kan worden gezien als een belangrijke beperking op het recht op nakoming. Het Hof legt in eerste instantie de nadruk op herstel en vervanging door te stellen dat bij de beoordeling of een remedie buiten verhouding zou zijn slechts een vergelijking tussen deze twee remedies is toegestaan. De onevenredigheid moet dus relatief worden beoordeeld en niet absoluut in vergelijking met de tweedelijns remedies, prijsvermindering of ontbinding.²⁰ De matigingsbevoegdheid van de nationale rechter kan echter alsnog tot beschikbaarheid van ontbinding als remedie leiden.²¹ Als de verkoper niet voor nakoming kan zorgen zonder kosten en zonder ernstige overlast, mag de consument namelijk een ander rechtsmiddel kiezen. De matiging van installatiekosten bij vervanging kan worden opgevat als ernstige overlast die de consument recht geeft op secundaire rechtsmiddelen, dat wil zeggen op prijsvermindering of ontbinding.²²

Voor geïnstalleerde zaken betekent deze uitspraak dat ontbinding als remedie in de praktijk voorrang kan krijgen op vervanging. Nakoming is dan als primaire remedie uit beeld. Uiteraard gaat het om specifieke gevallen – namelijk waar zaken geïnstalleerd zijn en waar herstel niet mogelijk is – maar niettemin heeft deze uitspraak tot gevolg dat de hiërarchie van remedies in de toepassing niet leidt tot nakoming maar tot de tweedelijns remedie van ontbinding.

3. De nieuwe Richtlijn consumentenkoop uit 2019

In deze paragraaf bespreken wij eerst kort de beschikbare remedies in de nieuwe Richtlijn consumentenkoop (par. 3.1). Vervolgens benoemen wij een aantal wijzigingen in de regeling ten opzichte van het hiervoor behandelde arrest *Weber en Putz* (par. 3.2). Tot slot gaan wij uitgebreid in op de introductie van gevalstypen en de gevolgen voor het bestaande hiërarchische systeem (par. 3.3).

3.1. De beschikbare remedies

Bezien we de remedies uit de nieuwe Richtlijn consumentenkoop (2019/771) in breder perspectief, dan verschuift het evenwicht tussen nakoming en ontbinding nog een stuk. Die verschuiving is zichtbaar in een aantal nieuwe regels met betrekking tot de beschikbaarheid van prijsver-

16. Vgl. Green Deal via ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_nl. Zie voor een onderzoeksstudie rondom consumentenrecht en ecologische duurzaamheid (C.M.D.S. Pavillon juni 2020). Via pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/131702692/Onderzoekstudie_rondom_duurzaamheid_en_consumentenbeleid_def.pdf. Zie ook hierover C.M.D.S. Pavillon, 'Duurzaam consumentenkooprecht: het Franse voorbeeld', *WPNR* 2020, afl. 7283.

17. S. van Beek & H.N. Schelhaas, 'De invloed van het EU-recht op het Nederlandse consumentenkooprecht', *MvV* 2019, afl. 7/8, p. 276.

18. HvJ EU 16 juni 2011, C-65/09, C-87/09, r.o. 79.

19. HvJ EU 16 juni 2011, C-65/09, C-87/09, r.o. 79.

20. HvJ EU 16 juni 2011, C-65/09, C-87/09, r.o. 68. Zie ook hierover: S. Stijns & S. Jansen, 'Remedies bij consumentenkoop', in: I. Claeys & E. Terry, *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 211.

21. J.A. Luzak, 'Een storm in een glas water? Over de rechtsmiddelen van een consument bij non-conforme goederen na de beslissing van het Hof van Justitie in *Weber en Putz*', *TvC* 2014, afl. 5, p. 234.

22. Annotatie J.A. Luzak bij HvJ EU *Weber en Putz*, *TvC* 2012, afl. 1, p. 28.

minderen en ontbinding (art. 13 lid 4). Voor de hiërarchie van remedies is het niettemin belangrijk te benadrukken dat de drie bestaande remedies in beginsel onveranderd blijven: nakoming (in de vorm van herstel en vervanging, art. 13 lid 2), prijsvermindering en ontbinding (art. 13 lid 4). Het getrapte stelsel blijft ook bestaan. Dat betekent dat de consument bij non-conformiteit de keuze heeft tussen herstel en vervanging (art. 13 lid 2). Dit is slechts anders wanneer dit onmogelijk is of onevenredige kosten met zich brengt in vergelijking met de andere remedies voor de koper. Daarbij spelen alle omstandigheden een rol, waaronder de waarde die de goederen zonder het gebrek zouden hebben (art. 13 lid 2 onder a), de omvang van het conformiteitsgebrek (onder b) en de vraag of de alternatieve remedie concreet mogelijk is zonder ernstige overlast voor de consument (onder c).

3.2. Wijzigingen ten opzichte van *Weber en Putz*

Ten opzichte van het in par. 2 besproken arrest *Weber en Putz* doet zich een aantal wijzigingen voor. Onder de nieuwe Richtlijn consumentenkoop uit 2019 is de regel uit *Weber en Putz* vereenvoudigd. Art. 14 lid 3 van de Richtlijn codificeert de regel uit het *Weber en Putz*-arrest dat herstel of vervanging bij geïnstalleerde goederen ook het verwijderen en opnieuw installeren omvat, of de kosten daarvan. De matigingsbevoegdheid van de nationale rechter wordt in die bepaling niet genoemd. In plaats daarvan geeft artikel 13 lid 3 een directere oplossing, namelijk dat de verkoper herstel of vervanging kan weigeren indien die remedies onevenredige kosten voor hem zouden meebrengen. Bij de afweging of de verkoper herstel of vervanging kan weigeren, worden als factoren nog steeds meegewogen de ernst van het gebrek en de waarde van de zaak zonder gebrek (art. 13 lid 2). Deze regeling voorkomt dat consument en verkoper moeten onderhandelen over wie de kosten voor verwijdering en installatie moet dragen. In plaats daarvan geldt de eenvoudigere regel dat de consument in geval van onevenredige kosten voor de verkoper direct met succes kan verzoeken om prijsvermindering of ontbinding.²³

Een andere wijziging is nog ingrijpender. De regel uit het *Weber en Putz*-arrest dat het feit dat de enige mogelijke primaire remedie disproportioneel zou zijn in verhouding tot een secundaire remedie niet voldoende is om de primaire remedie te weigeren, wordt losgelaten.²⁴ In plaats daarvan bepaalt artikel 13 lid 2 van de Richtlijn dat de proportionaliteitstoets niet alleen een vergelijking tussen herstel en vervanging omvat, maar tussen alle remedies, dus ook de secundaire remedies prijsvermindering en ontbinding.²⁵ Ook op die grond komen de tweedelijns remedies voor consumenten eerder beschikbaar.

3.3. De introductie van gevalstypen en de gevolgen voor het hiërarchische systeem

Een verdere verschuiving in de richting van de tweedelijns remedies volgt uit artikel 13 lid 4 van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop. Daarin worden vier gevallen geïntroduceerd op basis waarvan de consument recht heeft op prijsvermindering of ontbinding. Het gaat om de gevallen waarin:

- (1) de verkoper herstel of vervanging niet heeft voltooid, niet heeft voltooid overeenkomstig artikel 14 lid 2 en 3 of de verkoper heeft geweigerd de goederen conform te maken overeenkomstig lid 3;
- (2) er een gebrek blijkt te zijn ondanks een poging de goederen conform te maken;
- (3) het gebrek zo ernstig is dat onmiddellijke prijsvermindering of ontbinding gerechtvaardigd is;
- (4) de verkoper heeft verklaard of uit de omstandigheden blijkt dat de verkoper niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast zal voldoen aan zijn plicht tot nakoming (artikel 13 lid 4).

Daarmee vindt een uitbreiding plaats van het toepassingsgebied van prijsvermindering en ontbinding ten opzichte van de Richtlijn consumentenkoop uit 1999.²⁶ De implementatie van de bepaling in het Burgerlijk Wetboek vindt plaats door aanpassing van artikel 7:22 BW. In het Voorontwerp ter implementatie van de richtlijn²⁷ was voorgesteld een nieuw lid toe te voegen aan artikel 7:22 BW waarin deze vier gevallen worden opgesomd. In die gevallen heeft de koper immers recht op een evenredige prijsvermindering of ontbinding. In het wetsvoorstel van 16 februari 2021 wordt in artikel 7:22 een nieuw lid (5) toegevoegd aan artikel 7:22 BW. Anders dan in het Voorontwerp wordt in de tekst geëxpliciteerd dat dan sprake is van een afwijking van het tweede lid (het getrapte of hiërarchische systeem). De koper is aldus in de vier bovenstaande gevallen in afwijking van het getrapte systeem uit het tweede lid bevoegd de overeenkomst onmiddellijk te ontbinden dan wel de prijs te verminderen.²⁸ In de vier gevallen uit artikel 7:22 lid 5 BW zou het voor de koper immers nodeloos zijn een verzoek te doen tot herstel of vervanging.²⁹

Welke gevolgen heeft de introductie van een nieuw (vijfde) lid in artikel 7:22 BW? Ter reflectie zullen wij hierna per nieuw gevalstype bespreken hoe de bepaling ingrijpt in de hiërarchie van remedies bij consumentenkoop. Het eerste gevalstype behelst het niet voltooiën van herstel of vervanging door de verkoper. Zoals aan het begin van deze paragraaf reeds aangegeven, is de verkoper naar huidig recht verplicht binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper te voldoen aan zijn verplichtingen tot herstel en vervanging (7:21 lid 3 BW). Dit wordt op basis van de wettekst mede bepaald

23. Vgl. M.B.M. Loos, 'Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande', *TvC* 2019, afl. 3, p. 111.

24. C.A.N.M.Y. Cauffman, 'New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2019, afl. 4, p. 471.

25. S. Stijns & S. Jansen, 'Remedies bij consumentenkoop', in: I. Claeys & E. Terry, *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 213.

26. S. Stijns & S. Jansen, 'Remedies bij consumentenkoop', in: I. Claeys & E. Terry, *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 218-219.

27. Zie internetconsultatie.nl/verkoop_goederen_levering_digitale_inhoud (laatst geraadpleegd 2 juni 2021).

28. *KamerstukkenII* 2020/21, 35734, nr. 2, p. 6.

29. *KamerstukkenII* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 37.

door de aard van de zaak en het bijzondere gebruik ervan. De consument mag ontbinden wanneer herstel of vervanging hangende is en de verkoper traag te werk gaat of overlast toebrengt aan de koper bij zijn verplichting tot herstel of vervanging. Als een taalkundige uitleg wordt gevolgd, mag hij hier ook toe overgegaan wanneer hij de zaak reeds terug heeft ontvangen.³⁰ Ons valt op dat het niet voltooien van herstel of vervanging uit de nieuwe Richtlijn consumentenkoop inhoudelijk aansluit bij het huidige artikel 7:21 lid 3 BW. Het niet voltooien kan namelijk inhoudelijk als een onderdeel worden opgevat van het niet binnen een redelijke termijn voldoen aan de verplichting tot herstel en vervanging (art. 7:21 lid 3 BW). De vraag is wat in een bepaald geval een redelijke termijn is en dus of de consument nog moet afwachten of de verkoper alsnog aan zijn verplichting zal voldoen. Wanneer de consument redelijkerwijs aanneemt dat de verkoper het herstel of de vervanging niet meer zal voltooien, mag hij onder het nieuwe systeem direct overgaan tot prijsvermindering of ontbinding. De mogelijkheid dat de consument zich eerder met succes kan beroepen op prijsvermindering of ontbinding dan onder het huidige systeem brengt onzes inziens een verzwakking van het getrapte systeem met zich.

Naast het niet voltooien van herstel of vervanging in het algemeen, ziet het eerste gevalstype ook op het niet voltooien van herstel of vervanging conform artikel 14 lid 2 en 3 van de nieuwe Richtlijn, of het door de verkoper weigeren de goederen conform te maken in de zin van het derde lid. Volgens het tweede lid dient de verkoper de vervangen goederen op zijn kosten terug te nemen. Het derde lid houdt in dat: *‘Wanneer een herstelling de verwijdering vergt van goederen die op een wijze die in overeenstemming is met hun aard en doel waren geïnstalleerd voordat het conformiteitsgebrek duidelijk werd, of wanneer deze goederen moeten worden vervangen, omvat de verplichting tot herstelling of vervanging van de goederen de verwijdering van de niet-conforme goederen en de installatie van vervangende goederen of herstelde goederen, of het betalen van de kosten van die verwijdering of installatie.’* Zoals reeds aan het eind van par. 2 naar voren kwam, is hierin het besproken arrest van het Hof van Justitie in *Weber en Putz* te herkennen. Wij geven, net als Loos, de voorkeur aan de nieuwe regeling in de Richtlijn consumentenkoop boven de rechtspraak van het Hof.³¹ De consument mag immers onmiddellijk overgaan tot prijsvermindering of ontbinding wanneer de verkoper herstel of vervanging niet heeft voltooid conform artikel 14 lid 3 van de nieuwe Richtlijn. Dat is een concreter recht dan het beschikbaar worden van ontbinding indien vervanging niet zonder ‘ernstige overlast’ kan worden bewerkstelligd uit de bestaande regeling.

Het tweede gevalstype betreft het aanwezig zijn van een gebrek ondanks een poging de goederen conform te maken. Er moet dan reeds in een eerder stadium contact zijn

geweest tussen verkoper en consument. De consument moet immers reeds hebben verzocht de goederen conform te maken waarna een gebrek blijft bestaan. In die zin is het tweede geval niet een volledige afwijking van het hiërarchische systeem waarin nakoming de primaire remedie is. Wanneer de poging tot nakoming door de verkoper niet is geslaagd, wordt de consument in de gelegenheid gesteld alsnog over te gaan tot prijsvermindering of ontbinding. Dat lijkt ons een rechtvaardige oplossing. Een praktijkvoorbeeld dat bij dit geval aansluit is een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2020 waarin herstel niet goed is uitgevoerd.³² In dat geval voldeed de geleverde bank niet aan de overeenkomst vanwege een gat in de stoffering. De koper kon herstel vorderen. Volgens de koper waren de herstelwerkzaamheden niet goed uitgevoerd: er zat een grote scheur in de bekleding en er waren grote nieten te zien.³³ De rechter oordeelde dat de koper de bevoegdheid had tot ontbinding op grond van artikel 7:22 lid 1 en 2 BW.³⁴

In het derde gevalstype is het gebrek dermate ernstig dat onmiddellijke prijsvermindering of ontbinding gerechtvaardigd is. Dit sluit niet aan bij andere elementen van de huidige hiërarchie van remedies bij consumentenkoop en leidt daarmee tot een afwijking van het bestaande systeem. De bepaling is ook nieuw in het systeem van het Nederlandse contractenrecht (zie hieronder par. 4). Bij de toepassing is het nog wel de vraag of de consument zelf kan inschatten dat het gebrek dermate ernstig is dat ontbinding gerechtvaardigd is. Verder kan de uitvoering tot problemen leiden indien de verkoper het met die constatering oneens is. In beginsel draagt de bepaling onzes inziens echter bij aan de bescherming van de consument. De consument kan immers in afwijking van het getrapte systeem onmiddellijk een beroep doen op prijsvermindering of ontbinding.

Het vierde gevalstype, inhoudende dat de verkoper heeft verklaard of uit de omstandigheden blijkt dat de verkoper niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast zal voldoen aan zijn plicht tot nakoming, sluit net als het eerste gevalstype inhoudelijk aan bij artikel 7:21 lid 3 BW. Ook dan mag de koper onmiddellijk overgaan tot prijsvermindering of ontbinding. Het door de verkoper verklaren dan wel uit de omstandigheden afleiden uit de nieuwe Richtlijn consumentenkoop zou een voorstadium kunnen worden genoemd van het huidige artikel 7:21 lid 3 BW, namelijk dat herstel of vervanging niet binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast gaat worden bewerkstelligd. Wanneer de verkoper reeds heeft verklaard of uit de omstandigheden blijkt dat hij niet aan zijn verplichtingen zal voldoen, ligt het in de lijn van die bepaling dat een consument direct over mag gaan tot prijsvermindering of ontbinding. De consument weet immers reeds dat niet zal worden voldaan aan herstel of vervanging. Een verzoek daartoe zou logischerwijs geen nut hebben. Een praktijkvoorbeeld dat bij dit gevalstype aansluit is een uitspraak van het Hof Arnhem-

30. Asser/Hijma 7-I 2019/669.

31. M.B.M. Loos, ‘Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande’, *TvC* 2019, afl. 3, p. 111.

32. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4765. Een ander voorbeeld is Geschillencommissie Elektro 11 december 2020 (vervangingsprogramma producent stopgezet), beschikbaar via: degeschillencommissie.nl/uitspraken/productiefout-ontstaat-binnen-te-verwachten-levensduur-laptop-overeenkomst-wordt-ontbonden/ (laatst geraadpleegd 2 juni 2021).

33. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4765, r.o. 4.5.

34. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4765, r.o. 4.8.

Leeuwarden uit 2020. In deze zaak beantwoordde een geleverd bed niet aan de overeenkomst: koper mag een onbeschadigd en compleet bed verwachten met inbegrip van montagevoorschriften.³⁵ De verkoper, Cirkel Wonen, had niet gereageerd op de klacht van de koper waardoor de koper volgens de rechter op grond van artikel 7:22 lid 2 BW de bevoegdheid had de overeenkomst te ontbinden.³⁶

Resumerend kan worden gesteld dat artikel 7:22 lid 5 BW het getrapte stelsel van remedies voor consumentenkoop afzwakt.³⁷ Door de aanvulling in lid 5 mag de consument in vier gevallen onmiddellijk overgaan tot prijsvermindering of ontbinding. Daardoor zal de hiërarchie van remedies meer op de achtergrond komen te staan. Hoewel nakoming de primaire remedie blijft op grond van artikel 7:22 lid 2 BW zou de praktijk heel goed anders kunnen zijn.

In aanvulling op de gevallen waarin een onmiddellijk beroep kan worden gedaan op prijsvermindering of ontbinding, kan de Richtlijn consumentenkoop 2019 nog op andere wijzen zorgen voor een verschuiving van de hiërarchie van remedies in de EU-lidstaten. Stijns en Jansen hebben deze drie mogelijkheden in kaart gebracht.³⁸ De eerste is het feit dat lidstaten de mogelijkheid krijgen om de remedie schadevergoeding en vervanging en herstel door een derde te regelen (art. 3 lid 6 en de 18^e overweging van de considerans). Door er als lidstaat voor te kiezen deze remedies eenvoudig toepasbaar te maken, kan de hiërarchie van remedies worden omzeild. Ten tweede mogen lidstaten regels ten aanzien van verborgen gebreken behouden (art. 3 lid 7 en de 18^e overweging van de considerans). Wanneer lidstaten de regels en remedies mogen behouden in geval van verborgen gebreken tijdens of na de garantietermijn (en dit niet in strijd komt met de maximumharmonisatie), hoeven zij daarbij niet de hiërarchie van remedies van de Richtlijn te volgen. Tot slot hebben lidstaten de mogelijkheid om een specifieke remedie te handhaven wanneer binnen maximaal 30 dagen na levering blijkt dat de goederen over een conformiteitsgebrek beschikken (art. 3 lid 7 en de 19^e overweging van de considerans). In dat geval kan de consument dus overgaan tot ontbinding van de overeenkomst, hetgeen de hiërarchie van remedies aantast.³⁹ De Nederlandse wetgever heeft in het implementatievoorstel voor de Richtlijn geen gebruikgemaakt van deze optie.

4. Verhouding tot ontbinding in het algemene contractenrecht

De aanpassingen in de regeling voor prijsvermindering en ontbinding voegen zich dus in de bestaande hiërarchie van remedies. Niettemin worden beperkingen aangebracht in de mogelijkheden voor de verkoper om herstel of vervanging aan te bieden. Die beperkingen zijn goed te volgen. De vier gevallen die de nieuwe regeling noemt zien op situaties waarin de verkoper de gevraagde remedie van herstel of vervanging niet of niet naar voldoening bewerkstelligt. De vraag hoe vaak herstel mocht worden geprobeerd was al langer een zorg. Hoewel de wet een beperking biedt door te vereisen dat de remedie zonder overlast en binnen een redelijke tijd wordt bewerkstelligd (art. 7:21 lid 3 BW), is die regel in de praktijk soms moeilijk te hanteren. In Duitsland is om die reden wettelijk bepaald dat de verkoper slechts recht heeft op twee pogingen tot herstel, tenzij de aard van de zaak of van het gebrek zich tegen die regel verzet (§ 440 BGB). In Engeland is wettelijk bepaald dat de verkoper één kans heeft om herstel of vervanging te bewerkstelligen (s. 24 lid 5 onder a Consumer Rights Act 2015).

Met de beperkingen op de mogelijkheden tot herstel en vervanging sluit de Richtlijn goed aan op de verzuim- en wanprestatieregeling uit het algemene Nederlandse contractenrecht.⁴⁰ Ook daar is nakoming in wezen de primaire remedie. Ontbinding is, indien de tekortkoming niet tijdelijk of blijvend onmogelijk is, pas mogelijk indien sprake is van verzuim (art. 6:265 lid 2 BW). De verzuimregeling deelt enkele kenmerken met de vier gevallen uit de nieuwe Richtlijn consumentenkoop.

Het eerste en het tweede gevalstype, niet-correcte nakoming na een verzoek om herstel of vervanging, sluiten naadloos aan bij de regeling van de ingebrekestelling. Artikel 6:82 lid 1 BW bepaalt dat de schuldenaar in verzuim is indien hij in gebreke is gesteld, maar nakoming binnen de gestelde termijn uitblijft.

De weigering van de verkoper om de goederen conform te maken kan worden vergeleken met de omstandigheid dat 'uit zijn houding blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn' (art. 6:82 lid 2 BW). In dat geval kan de ingebrekestelling bestaan uit een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat de schuldenaar voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld. De wet bepaalt iets soortgelijks voor gevallen waar reeds voor het verstrijken van de oorspronkelijke termijn voor nakoming uit een mededeling van de schuldenaar blijkt dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten (art. 6:80 lid 1

35. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4204, r.o. 5.5. Vgl. ook Geschillencommissie Elektro 16 januari 2013 (non-conform navigatiesysteem), beschikbaar via: degeschillencommissie.nl/uitspraken/in-het-licht-van-gegeven-omstandigheden-van-dit-geval-is-ontbinding-van-de-overeenkomst-gerechtvaardigd/ (laatst geraadpleegd 2 juni 2021) en Geschillencommissie waterrecreatie (lekkende tweedehands boot), beschikbaar via: degeschillencommissie.nl/uitspraken/lekkende-tweedehands-boot-met-verschillende-gebreken-ontbinding-gerechtvaardigd/ (laatst geraadpleegd 2 juni 2021). In beide gevallen weegt de geschillencommissie de non-coöperatieve houding van de verkoper mee in het oordeel dat de overeenkomst ontbonden moet worden.

36. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4204, r.o. 5.6.

37. Zie ook de term 'afgezwakte hiërarchie': S. Stijns & S. Jansen, 'Remedies bij consumentenkoop', in: I. Claeys & E. Terryn, *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 218.

38. S. Stijns & S. Jansen, 'Remedies bij consumentenkoop', in: I. Claeys & E. Terryn, *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 219.

39. S. Stijns & S. Jansen, 'Remedies bij consumentenkoop', in: I. Claeys & E. Terryn, *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 219. Het tweede en derde punt worden ook genoemd door Gsell in: R. Schulze & D. Staudenmayer, *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Londen: Bloomsbury 2020, p. 267.

40. Al bestaat discussie over de vraag of art. 7:19a BW een schriftelijkheidsvereiste inhoudt. Zie C.A.N.M.Y. Cauffman, 'Kroniek Consumentenrecht 2014-2015', *TvC* 2016, afl. 5, p. 211.

onder c BW). In dat geval treedt het verzuim zelfs in voordat een vordering opeisbaar is geworden. Het gaat in dat geval om een weigering om de verbintenissen uit het contract te voldoen, een situatie die in het Engelse recht wordt aangeduid met 'anticipatory breach'.⁴¹ Voor vorderingen die wel reeds opeisbaar zijn geworden geldt een soortgelijke regel. Artikel 6:83 onder c BW bepaalt dat het verzuim intreedt zonder ingebrekestelling indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten.⁴²

Niet alleen de expliciete weigering van herstel of vervanging roept een vergelijking op met 'anticipatory breach'. Het vierde gevalstype uit de nieuwe Richtlijn doet hetzelfde: de verkoper heeft verklaard of uit de omstandigheden blijkt dat de verkoper niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast zal voldoen aan zijn plicht tot nakoming.

Het derde gevalstype uit de Richtlijn, de ernst van het gebrek, is wel een op zichzelf staande regel. De Nederlandse wet verwijst slechts naar de ernst van het gebrek, en dan de *geringe* ernst van het gebrek, als beperking op de beschikbaarheid van ontbinding. Ingevolge artikel 7:22 lid 1 onder a BW mag de consument de overeenkomst ontbinden 'tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt'. Een vergelijkbare regel vinden we in artikel 6:265 lid 1 BW: 'tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt'. Een bepaling die de consument het recht op prijsvermindering of ontbinding geeft bij een zeer ernstig gebrek kende het Nederlandse recht nog niet.

Dit overzicht laat zien dat het algemene Nederlandse contractenrecht de schuldeiser een aantal snellere routes geeft richting ontbinding in gevallen waar reeds duidelijk is dat de schuldenaar nakoming niet of niet voldoende zal bewerkstelligen. In die gevallen is ontbinding direct beschikbaar. De aanvullingen in artikel 7:22 lid 5 BW voor de consumentenkoop sluiten goed aan bij dit systeem. Zelfs zou kunnen worden gezegd dat deze aanvulling goedmaakt wat bij de implementatie van de Richtlijn uit 1999 scheefliep. Het consumentenrecht geeft consumenten nu dezelfde rechten als het algemene contractenrecht.⁴³

5. Regels over digitale inhoud en digitale diensten

Tegelijk met de nieuwe koopregeling die wij hiervoor hebben besproken, worden ook de regels uit de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770) in het BW geïmplementeerd. De regels zullen worden ondergebracht in een aparte, nieuwe titel genaamd 7.1AA BW. De reden hiervoor is dat het toepassingsbereik breder is dan de huidige regeling in titel 1 van Boek 7 BW. De nieuwe re-

gels hebben namelijk niet alleen betrekking op de levering van afzonderlijke digitale inhoud zoals e-boeken, apps en computerprogramma's, maar ook op digitale diensten zoals cloudopslag en streaming. Diensten kunnen niet onder goederen worden geschaard (waar titel 1 van Boek 7 BW betrekking op heeft) en bovendien kunnen digitale inhoud en digitale diensten worden verkregen in ruil voor persoonsgegevens.⁴⁴

Volgens de Nederlandse wetgever wordt in de Richtlijn digitale inhoud de hiërarchie van remedies voor non-conformiteit bij dit type consumentenovereenkomsten losgelaten. Wij hebben een andere lezing van de Richtlijn en zijn van mening dat deze wel een hiërarchie hanteert. Tegelijk kent het systeem een afzwakking van het recht op nakoming en sluit daarmee aan bij de lijn die wij waarnemen in het consumentenkooprecht.

Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. Wij bespreken eerst de beschikbare remedies en de gevalstypen in de Richtlijn digitale inhoud (par. 5.1). Vervolgens reflecteren wij op de invulling van het hiërarchisch systeem van remedies, waarbij we een vergelijking maken met de regeling in de Consumer Rights Act 2015 (CRA) van het Verenigd Koninkrijk. Die vergelijking is interessant omdat de Europese wetgever zich bij het uitwerken van de Richtlijn digitale inhoud heeft laten inspireren door de CRA (par. 5.2).

5.1. De beschikbare remedies en gevalstypen

Wat is bij levering van non-conforme digitale inhoud de hiërarchie van remedies? De consument heeft in geval van gebrekkige digitale inhoud of een gebrekkige digitale dienst in beginsel recht op dezelfde remedies als bij consumentenkoop. In artikel 14 van de Richtlijn digitale inhoud is opgenomen dat de consument in geval van een conformiteitsgebrek het recht heeft de digitale inhoud of digitale dienst conform te laten maken (nakoming), een evenredige prijsvermindering te krijgen of de overeenkomst te ontbinden (lid 1). Uitsluitend wanneer nakoming onmogelijk is of onevenredige kosten voor de handelaar met zich brengt,⁴⁵ is nakoming niet aan de orde (lid 2). Hierbij dient rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de waarde ervan wanneer er geen conformiteitsgebrek zou zijn geweest (onder a) en de omvang van het conformiteitsgebrek (onder b).

Net als in de nieuwe Richtlijn consumentenkoop is ook in deze richtlijn uitgewerkt in welke gevallen de consument recht heeft op een evenredige prijsvermindering (wanneer de digitale inhoud of digitale dienst wordt geleverd tegen betaling van een prijs) of ontbinding. Meer specifiek gaat het om de volgende vijf gevallen:

- a. De remedie om de digitale inhoud of digitale dienst conform te maken is overeenkomstig het tweede lid onmogelijk of onevenredig.

41. Voor actuele toepassingen van die bepaling, zie M. Ruygvoorn, 'Kan ik van mijn overeenkomst af met een beroep op de coronacrisis?', *NJB* 2020, afl. 14, p. 878-952.

42. Voor specifieke gevallen zie Asser/Sieburgh 6-1 2020/396.

43. Vgl. hierboven par. 2.

44. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 6.

45. Storme licht toe dat het criterium van de ernst van het gebrek een effectieve 'mildering' kan inhouden waardoor de Richtlijn digitale inhoud een 'mildering' betekent ten opzichte van het *Weber en Putz*-arrest. Zie M.E. Storme, 'Remedies bij digitale inhoud en diensten', in: I. Claeys & E. Terry, *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 247.

- b. De handelaar heeft de digitale inhoud of digitale dienst niet conform gemaakt overeenkomstig lid 3.
- c. Er blijkt een conformiteitsgebrek te zijn ondanks de poging van de handelaar om de digitale inhoud of digitale dienst conform te maken.
- d. Het conformiteitsgebrek is zo ernstig dat een onmiddellijke prijsvermindering of de ontbinding gerechtvaardigd is.
- e. De handelaar heeft verklaard, of uit de omstandigheden blijkt duidelijk dat de handelaar de digitale inhoud of digitale dienst niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument conform zal maken (art. 14 lid 4).

De gevallen zullen worden geïmplementeerd in een nieuw artikel (50ai, vierde lid).⁴⁶ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn digitale inhoud en de Richtlijn Consumentenkoop wordt toegelicht dat titel 7.1AA BW in tegenstelling tot titel 7.1 BW, artikel 7:22 BW, geen hiërarchie van rechtsmiddelen kent, omdat de richtlijn die niet voorschrijft. Volgens de memorie van toelichting heeft de consument de keuze tussen de drie rechtsmiddelen (nakoming, prijsvermindering en ontbinding).⁴⁷ Kiest hij voor nakoming, dan bepaalt, anders dan bij de verkoop van goederen, de handelaar hoe het gebrek wordt opgelost.⁴⁸

5.2. Reflectie op het al dan niet bestaan van een hiërarchisch systeem in de Richtlijn digitale inhoud

Zoals hiervoor aangegeven, stelt de Nederlandse wetgever dat de Richtlijn digitale inhoud geen hiërarchisch systeem van remedies voorschrijft. In de literatuur wordt hier anders over gedacht. Zo is Carvalho van mening dat de hiërarchie van remedies niet alleen is voorgeschreven in de nieuwe Richtlijn consumentenkoop, maar ook in de Richtlijn digitale inhoud.⁴⁹ Gsell licht ook toe dat in artikel 14 van de Richtlijn digitale inhoud net als de Richtlijn consumentenkoop uit 1999 en de nieuwe Richtlijn consumentenkoop uit 2019 voorrang wordt gegeven aan nakoming. In eerste instantie heeft de consument recht op nakoming, terwijl prijsvermindering en ontbinding slechts toepasbaar zijn onder beperkte voorwaarden.⁵⁰ Dit zijn de gevallen uit artikel 14 lid 4 waarin duidelijk het hiërarchische systeem is te herkennen.⁵¹ Sein en Spindler noemen een systeem waarbij in bepaalde gevallen de consument onmiddellijk recht heeft op ontbinding of prijsvermindering zonder eerst de handelaar de mogelijk-

heid te geven het gebrek te herstellen een ‘flexibel hiërarchisch systeem’. Een dergelijk systeem is een compromis tussen lidstaten die een strikte hiërarchie hanteren (zoals Duitsland) en lidstaten die een vrije keuze van remedies kennen (zoals Polen).⁵² Doordat de consument slechts recht heeft op prijsvermindering of ontbinding in de vijf in de richtlijn opgenomen gevallen, noemt Storme het een zwak of mild hiërarchisch systeem van remedies.⁵³ Op een hiërarchisch systeem van remedies kan voor overeenkomsten over digitale inhoud overigens ook kritiek worden geuit. Zoll betoogt dat de effecten van ontbinding in geval van digitale inhoud minder schadelijk zijn dan in geval van de consumentenkoop. Hij licht onder meer toe dat de digitale inhoud zijn waarde niet verliest.⁵⁴

Voorop staat dat het uitgangspunt van zowel de Richtlijn consumentenkoop als de Richtlijn digitale inhoud is dat de verkoper of leverancier in geval van non-conformiteit alsnog verschaft waar de consument recht op heeft op basis van de overeenkomst.⁵⁵ Daarmee is nakoming nog steeds de belangrijkste en eerst aangewezen remedie. Er zijn namelijk geen voorwaarden verbonden aan nakoming om er een beroep op te kunnen doen. Dit is anders bij ontbinding of prijsvermindering: uitsluitend in de vijf voorgeschreven gevallen kan daarop een geslaagd beroep worden gedaan. Net als de Richtlijn consumentenkoop in 1999 reeds voorschreef, kan de consument enkel in bepaalde situaties een beroep doen op ontbinding en prijsvermindering waardoor deze remedies duidelijk ondergeschikt zijn aan nakoming.⁵⁶ In wezen verandert daarmee het hiërarchische systeem niet. Voor de consument zal het in de praktijk ook niet uitmaken of de voorwaarden worden gepresenteerd zoals in het huidige getrapte stelsel van artikel 7:22 lid 2 BW (voorwaarden waarin de bevoegdheden tot ontbinding en prijsvermindering in artikel 7:22 lid 1 BW ‘pas’ ontstaan) dan wel dat alle voorwaarden in een apart lid worden opgenomen, zoals de hiervoor opgenomen vijf gevallen (in art. 50ai, vierde lid). In beide gevallen geldt een drempel om te opteren voor prijsvermindering of ontbinding en staan deze remedies lager in rang dan de (primaire) remedie nakoming.

Ter vergelijking, een dergelijk systeem waarin in bepaalde gevallen of situaties een recht op prijsvermindering dan wel ontbinding ontstaat wordt ook in Engeland opgevat als een hiërarchisch systeem. De Consumer Rights Act 2015 bevat een apart hoofdstuk voor regels over digitale

46. KamerstukkenII 2020/21, 35734, nr. 2, p. 13.

47. KamerstukkenII 2020/21, 35734, nr. 3, p. 52.

48. KamerstukkenII 2020/21, 35734, nr. 3, p. 52.

49. J.M. Carvalho, ‘Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771’, *European Consumer and Market Law* 2019, afl. 5, p. 200. Zie over de hiërarchie in het voorstel voor een Richtlijn digitale inhoud COM 2015: R.M. Rafel, ‘The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity’, IDP 2017, p. 58. Beschikbaar via: redalyc.org/pdf/788/78850913005.pdf (laatst geraadpleegd 2 juni 2021).

50. Beate Gsell in: Schulze/Staudenmayer, *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Londen: Bloomsbury 2020, p. 243 en 256.

51. D.J.B. Op Heij, *Overeenkomsten over digitale inhoud in een B2C-rechtsverhouding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 134.

52. K. Sein & G. Spindler, ‘The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2’, *European Review of Contract Law* 2019, afl. 4, p. 375.

53. M.E. Storme, ‘Remedies bij digitale inhoud en diensten’, in: I. Claeys & E. Terryn, *Nieuw recht inzake koop en digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 248.

54. F. Zoll, ‘The Remedies in the Proposals of the only Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content’, *EuCML* 2016, afl. 6, p. 253.

55. M.B.M. Loos, ‘Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande’, *TvC* 2019, afl. 3, p. 111.

56. Vgl. voor de Richtlijn consumentenkoop 1999: S. Jansen, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Cambridge: Intersentia 2018, p. 15.

inhoud waarin een hiërarchisch systeem is neergelegd met nakoming als primaire remedie. De secundaire remedie is prijsvermindering waar de consument uitsluitend recht op heeft in twee 'situaties': (a) indien de consument geen herstel of vervanging kan vorderen⁵⁷ of (b) de verkoper in gebreke is gebleven aan zijn verplichtingen te voldoen binnen een redelijke termijn en zonder behoorlijke overlast voor de consument na te komen (s.44 lid 3 CRA). Overigens valt op dat ontbinding door de Engelse wetgever is uitgesloten in geval van digitale inhoud die niet op een drager is geleverd. De reden daarvoor is dat digitale inhoud niet kan worden teruggegeven 'in any meaningful sense'.⁵⁸

Is de digitale inhoud wel op een drager geleverd, dan zijn naar Engels recht ook de regels voor goederen van toepassing en geldt dus (ook) s.24 lid 5 CRA uit het hoofdstuk voor goederen.⁵⁹ Ook dan geldt een hiërarchisch systeem. Nakoming is de primaire remedie terwijl prijsvermindering en een 'final right to reject' aan de orde zijn in drie 'situaties'. Die situaties zijn: (a) indien na éénmaal herstel of vervanging de goederen niet overeenstemmen met de overeenkomst, (b) de consument geen herstel of vervanging kan vorderen, of (c) de consument herstel of vervanging heeft gevorderd, maar de verkoper in gebreke is hieraan binnen redelijke termijn en zonder behoorlijke overlast te voldoen. Het eerste geval (onder a) geldt niet bij opzichzelfstaande digitale inhoud zonder drager. De reden hiervoor is dat de aard van digitale inhoud met zich brengt dat hierin sneller kleine gebreken aanwezig zijn. Het melden van ieder klein gebrek waardoor daarna meteen een recht op prijsvermindering ontstaat zou geen recht doen aan het hiërarchisch systeem van remedies. Consumenten zouden dan immers te snel voor de secundaire remedie prijsvermindering kunnen opteren.⁶⁰ Daarmee erkent de Engelse wetgever dat het hiërarchisch systeem van belang is en niet ondergesneeuwd mag raken als gevolg van de bijzondere aard van digitale inhoud. Wat opvalt is dat de 'situaties' waarin mag worden overgegaan tot een van de secundaire remedies naar Engels recht beperkter zijn in aantal dan de gevallen genoemd in de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten en de daaruit voortvloeiende implementatiewet. Bij opzichzelfstaande digitale inhoud mag de consument naar Engels recht slechts in twee situaties overgaan tot één secundaire remedie (namelijk prijsvermindering) terwijl de Nederlandse consument (en consumenten uit andere EU-lidstaten) in vijf gevallen onmiddellijk de keuze hebben tussen twee secundaire remedies, namelijk prijsvermindering of ontbinding. Omdat prijsvermindering niet aan de orde is indien geen prijs in geld is betaald, heeft de consument naar Engels recht in veel gevallen in het geheel geen recht op een van de secundaire remedies. Naar Nederlands recht is dat anders: hoewel veel digitale inhoud gratis is en daarmee prijsvermindering in die situaties irrelevant is, blijft de secundaire remedie ontbinding bestaan. Hoewel al met al het hiërarchische systeem onzes inziens ook voor overeenkomsten over digitale inhoud blijft be-

staan, wordt het hiërarchische systeem aldus wel beperkter dan naar huidig Nederlands recht het geval is. Dit is in lijn met de afzwakking van het hiërarchische systeem in de nieuwe Richtlijn consumentenkoop (zoals besproken in par. 3.3) en sluit aan bij de reeds bestaande benadering in het Engelse recht.

6. Conclusie

De nieuwe Richtlijn consumentenkoop (2019/771) wordt binnen afzienbare tijd in het BW geïmplementeerd en heeft gevolgen voor het hiërarchische systeem van remedies zoals dat voortvloeit uit de Richtlijn consumentenkoop uit 1999. Hoewel het hiërarchische systeem in artikel 7:22 lid 2 BW blijft bestaan en nakoming nog steeds de primaire remedie is, wordt het systeem onzes inziens afgezwakt door de vier aanvullende gevallen in het vijfde lid op basis waarvan de consument onmiddellijk mag overgaan tot prijsvermindering of ontbinding. Door die aanvulling wordt de positie van de consument bij consumentenkoop versterkt. Ook gaat het consumentenkooprecht meer in de pas lopen met het algemene contractenrecht op dit punt.

Voor de regels die van toepassing zijn op overeenkomsten over digitale inhoud en digitale diensten is een andere richtlijn aangenomen, namelijk de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770). Deze regels zullen in een aparte titel van Boek 7 BW worden geïmplementeerd (7.1.AA BW). De consument heeft in beginsel recht op dezelfde drie remedies als in geval van de consumentenkoop, namelijk nakoming, prijsvermindering en ontbinding. Aan de remedies prijsvermindering en ontbinding worden voorwaarden gesteld: uitsluitend in de vijf in de wet opgenomen gevallen mag de consument daar een beroep op doen. Volgens de Nederlandse wetgever wordt het hiërarchische systeem voor digitale inhoud en digitale diensten losgelaten. Desalniettemin klinkt onzes inziens het hiërarchische systeem ook in de Richtlijn digitale inhoud door: het uitgangspunt is nakoming en aan de remedies prijsvermindering en ontbinding worden voorwaarden verbonden. Prijsvermindering en ontbinding staan daarmee lager in rang dan nakoming. Desalniettemin wordt het hiërarchische systeem na implementatie van de Richtlijn digitale inhoud wel beperkter dan thans het geval is in Boek 7 BW.

Al met al wordt de consumentenbescherming op basis van de nieuwe regels voor zowel consumentenkoop (te implementeren in titel 7.1 BW) als digitale inhoud (te implementeren in titel 7.1AA BW) versterkt doordat de consument meer vrijheid krijgt in de te kiezen remedies. Mogelijk zal de remedie nakoming in de praktijk verder op de achtergrond raken dan thans het geval is doordat consumenten een geslaagd beroep zullen doen op een van de nieuwe gevallen waarin zij onmiddellijk over mogen gaan tot prijsvermindering of ontbinding.

57. In het artikel wordt verwezen naar s.43 lid 3 onder a CRA (de onmogelijkheid).

58. Zie legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes, punt 205.

59. Zie legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes, punt 79 en 205.

60. Zie hierover D.J.B. Op Heij, *Overeenkomsten over digitale inhoud in een B2C-rechtsverhouding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 115-116. Zie voor de verwijzingen en over de achtergrond *Chitty on Contracts* Volume II 2018, 38-558, p. 1265. Zie ook legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes, punt 204.