



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nieuwe regels voor consumentenkoop en digitale inhoud en digitale diensten: analyse van de implementatie van Europees recht in Nederland en België

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

Citation

Geiregat, S., Mak, V., & Op Heij, D. J. B. (2024). Nieuwe regels voor consumentenkoop en digitale inhoud en digitale diensten: analyse van de implementatie van Europees recht in Nederland en België. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2024(1), 24-39. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4150137>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4150137>

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

Nieuwe regels voor consumentenkoop en digitale inhoud en digitale diensten: analyse van de implementatie van Europees recht in Nederland en België

Prof. dr. S. Geiregat, prof. mr. dr. V. Mak en mr. dr. D.J.B. Op Heij*

3

1. Inleiding

De Europese consument is verwend, zo zou kunnen worden gesteld. Niet alleen biedt de Europese consumentenmarkt een groots aanbod aan producten en diensten tegen veelal schappelijke prijzen, zeker in vergelijking met andere regio's in de wereld. Ook heeft de consument in Europa een goed geregelde wettelijke bescherming. Door EU-wetgeving is die bescherming in de gehele Europese Unie van toepassing en sinds mid-jaren 2000, door de inzet van de Europese wetgever op maximumharmonisatie, in grote lijnen gelijk. Niettemin kan het geen kwaad om af en toe stil te staan en te bezien waar we nu staan – in de woorden van Roger Brownsword 'to stand and stare'.¹ Wat is met harmonisatie bereikt, welke verschillen bestaan nog en wat vinden we daarvan?

In deze bijdrage doen de auteurs die exercitie naar aanleiding van de meest recente toevoegingen aan het Europese consumentencontractenrecht. In 2019 heeft de EU-wetgever belangrijke thema's van het materiële consumentenrecht geregeld in twee instrumenten. Ten eerste werd op 20 mei 2019 de herschreven Richtlijn consumentenkoop² aangenomen, die haar voorganger uit 1999³ vervangt en inhoudelijk moest moderniseren. Dankzij de gelijktijdig aangenomen Richtlijn digitale inhoud⁴ moeten alle EU-lidstaten er ten tweede rekening mee houden dat de levering van digitale inhoud of digitale diensten in ruil voor een prijs of persoonsgegevens

nu grotendeels door EU-recht wordt beheerst en niet langer puur door nationaal verbintenissenrecht.

In deze bijdrage bekijken de auteurs met rechtsvergelijkende bril de bedoelde harmonisatie en de gekozen implementatie. De rechtsvergelijking wordt uitgevoerd op basis van het Nederlandse en het Belgische recht:⁵ twee rechtssystemen met deels gemeenschappelijke historische achtergronden en een lange traditie van wederzijdse rechtsvergelijking, die zich reeds vóór de invloed van de Europese wetgever liet gelden.⁶ Verder is de vergelijking tussen de twee buurlanden interessant omdat handelaren en consumenten vaak in beide landen actief zijn, zowel in de grensregio's als via Nederlandstalige webwinkels. Met het oog op die groepen is het nuttig te bekijken welke verschillen bestaan en in hoeverre die verschillen de rechtszekerheid of het niveau van consumentenbescherming nadelig beïnvloeden. Ons uitgangspunt is overigens dat het zeker niet erg is dat verschillen bestaan. Wel kan het signaleren van verschillen helpen in kaart te brengen in hoeverre het project van Europese harmonisatie van consumentenrecht gedragen wordt en, indien voor verschillende regels wordt gekozen, met welke redenen nationale wetgevers die keuzes maken.

De analyse die de auteurs in dit stuk presenteren komt op een geschikt moment. De besproken richtlijnen passen in de tendens van een nieuwe wind die waait door het Europese consumentenrecht. Het leek er namelijk lang op dat de harmonisatie van de consumentenbescherming door middel van EU-wetgeving stil was ko-

* Simon Geiregat is professor (BOF-TT) Intellectuele rechten bij Universiteit Gent en universitair docent Intellectuele rechten bij Tilburg University; Vanessa Mak is als hoogleraar Burgerlijk recht verbonden aan de Universiteit Leiden; Daniëlle Op Heij is universitair docent Verbintenissenrecht bij Tilburg University. Het artikel is eind oktober 2023 afgerond.

1. R. Brownsword, 'The Theoretical Foundations of European Private Law: A Time to Stand and Stare', in: R. Brownsword e.a. (red.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 159-174.
2. 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) (Richtlijn consumentenkoop).
3. 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 (*PbEG* 1999, L 171) (Richtlijn consumentenkoop 1999).
4. 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) (Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten).
5. Voor een specifiek doctrinair aspect wordt ook een summier vergelijking gemaakt met Duitsland. Zie par. 2.1.
6. Zie bijv. E. Spanoghe, 'Nederlands en Belgisch Recht. Het werk van de vereniging voor de vergelijkende studie', *Katholiek Cultureel Tijdschrift Streven* 1949, afl. 4, p. 347-353.

men te liggen.⁷ In 2019 kwam daarin verandering. Na een pauze van ongeveer acht jaar – gerekend vanaf de Richtlijn consumentenrechten⁸ – werd in dat jaar een reeks nieuwe richtlijnen aangenomen. De Omnibusrichtlijn bevatte aanpassingen aan vier bestaande consumentenrichtlijnen, waarmee met name beoogd werd de bescherming van consumenten in het digitale tijdperk beter te waarborgen.⁹ Zo werden onder meer nieuwe informatieverplichtingen ingevoerd voor beheerders van onlineplatforms om voor consumenten duidelijk te maken of zij met een professionele of particuliere handelaar te maken hebben.¹⁰ Ook geldt voor handelaars die gebruikmaken van algoritmes bij rangschikking van informatie op websites een verplichting om consumenten op duidelijke en begrijpelijke wijze te informeren over het gebruik van parameters en het relatieve belang dat die parameters ten opzichte van elkaar hebben.¹¹ Verder werd, buiten het consumentenrecht maar wel aanpalend, een verordening aangenomen gericht op de bescherming van kleine zakelijke aanbieders op onlineplatforms.¹² Inmiddels is de stroom van Europese wetgeving verder doorgezet door middel van het aannemen van de Digital Services Act in 2022 en de herziening van de Richtlijn productaansprakelijkheid die in datzelfde jaar werd voorgesteld.¹³ De nieuwe wind lijkt dan ook nog niet meteen te gaan liggen.

Nu de Richtlijn consumentenkoop en haar tweelingzus de Richtlijn digitale inhoud al vier kaarsjes mochten uitblazen, is de tijd rijp voor een kritische analyse. Welke wijzigingen hebben deze richtlijnen gebracht voor de Lage Landen, en is de Europese wetgever erin geslaagd om de vooropgestelde doelstellingen te bereiken?¹⁴ Aan-

gezien de richtlijnen de nationale wetgever op diverse punten beleidsvrijheid lieten,¹⁵ onderzoeken de auteurs specifiek hoe de richtlijnen zijn geïmplementeerd in Nederland en België en of er tussen de twee lidstaten nog verschillen of vooral overeenkomsten bestaan, in het licht van de nagestreefde maximumharmonisatie.¹⁶

In par. 2 brengen de auteurs in kaart hoe het traject voor implementatie van de richtlijnen is verlopen in Nederland en België. Dit gebeurt door middel van een algemeen overzicht van de inhoudelijke wijzigingen die als gevolg van de richtlijnen zijn gemaakt in de nationale wetgeving. Die wijzigingen behelzen in het bijzonder de regels met betrekking tot (i) de afbakening van de kwalificatie van roerende zaken en digitale inhoud; (ii) de conformiteit van goederen en digitale inhoud en digitale diensten; (iii) de aansprakelijkheid, bewijslast en termijnen; en (iv) de voor consumenten beschikbare remedies in geval van non-conformiteit. Ook wordt stilgestaan bij (v) de inbedding van duurzaamheidsdoelstellingen in het consumentencontractenrecht en kansen die, zo stellen de auteurs, de Europese wetgever op dit punt heeft laten liggen.

De onderwerpen die in het navolgende worden besproken zijn nog niet volledig uitgekristalliseerd: verdere wetwijzigingen zijn mogelijk te verwachten of onzes inziens wenselijk. De geselecteerde onderwerpen houden vrijwel allemaal verband met digitale markten, waar Europese regulering in de afgelopen jaren op was gericht en waar de verschillen tussen de lidstaten in de praktijk wellicht het vaakst tot verrassingen zullen leiden. In par. 3 onderzoeken de auteurs in hoeverre de

7. H. Schulte-Nölke, 'The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law?', *Journal of European Consumer and Market Law* 2015, afl. 4, p. 135-139.
8. 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 Richtlijn 1999/44/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* 2011, L 304) (Richtlijn consumentenrechten). We merken voor de volledigheid op dat het CESL-voorstel (voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht) (COM(2011)635 def.) uit datzelfde jaar het niet heeft gehaald; de Europese Commissie schortte de werkzaamheden i.v.m. dit voorstel voor onbepaalde tijd op krachtens punt 60 van bijlage 2 mededeling (Commissie) 16 december 2014 'Het werkprogramma van de Commissie voor 2015. Een nieuwe start', COM(2014)910 def., 12.
9. Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie (*PbEU* 2019, L 328).
10. Art. 4 Omnibusrichtlijn, tot invoeging van art. 6bis lid 1 en 2 in Richtlijn 2011/83/EU. Zie in Nederland art. 6:230m lid 3 onder b en c BW en in België art. VI.45/1, § 1, 2° en 3° Wetboek van economisch recht (WER). Deze informatie is essentiële informatie onder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken ingevolge de Omnibusrichtlijn, art. 3, tot wijziging van art. 7 Richtlijn 2005/29/EG. Zie voor Nederland art. 6:193e lid 1 onder f BW en voor België art. VI.99, § 4, 6° WER.
11. Art. 4 Omnibusrichtlijn, tot invoeging van art. 6bis lid 1 onder a in Richtlijn 2011/83/EU. Zie in Nederland art. 6:230m lid 3 onder a BW en in België art. VI.45/1, § 1, 1° WER. Deze informatie is essentiële informatie onder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken ingevolge de Omnibusrichtlijn, art. 3, tot wijziging van art. 7 Richtlijn 2005/29/EG. Zie voor Nederland art. 6:193e lid 2 BW en voor België art. VI.99, § 6 WER.
12. Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (*PbEU* 2019, L 186).
13. Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (Digital Services Act) (*PbEU* 2019, L 277) en Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, COM(2022)495 final.
14. De Europese Commissie presenteerde in 2017 de resultaten van een 'fitness check' van het consumentenrecht. Zie Europese Commissie, 'Results of the Fitness Check of consumer and marketing law and of the evaluation of the Consumer Rights Directive', ec.europa.eu/newsroom/just/items/59332 (laatst geraadpleegd 3 oktober 2023).
15. Zie voor een volledig overzicht: J. Morais Carvalho, 'Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771', *EuCML* 2019, afl. 5, p. 194-195.
16. Ondanks het gegeven dat de richtlijnen uitgaan van maximumharmonisatie (art. 4 Richtlijn 2019/770 en 2019/771) worden er ook keuzes gelaten aan de lidstaten. Een voorbeeld is art. 11 lid 2 Richtlijn 2019/771 op basis waarvan lidstaten de termijn voor omkering van de bewijslast kunnen uitbreiden tot twee jaar.

aansprakelijkheid voor gebrekkige goederen of diensten kan worden gelegd bij anderen in de keten dan de verkoper c.q. de handelaar waarmee de consument zelf rechtstreeks contracteert. Is regres in de keten mogelijk en hoe verhoudt nationaal recht zich in dit opzicht tot Europees recht? Welke bijzonderheden gelden voor digitale inhoud? In par. 4 onderzoeken de auteurs een specifieke vraag met betrekking tot het toepassingsgebied van de nieuwe regels: in hoeverre bieden zij oplossingen voor gebrekkige software? Nu bij de herziening van de Richtlijn productaansprakelijkheid expliciet wordt beoogd om ook software en toepassingen van artificiële intelligentie (AI) onder het bereik van die richtlijn te doen vallen, zou het in de rede liggen om ook de contractenrechtelijke regels expliciet op die producten af te stemmen. Par. 5 gaat in op de verhouding van de richtlijnen tot de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).¹⁷ De Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens (AP) heeft tijdens het implementatietraject van de richtlijnen geadviseerd om specifieke regels voor toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens op te nemen in het Burgerlijk Wetboek.¹⁸ Is dat wenselijk, en hoe wordt ter vergelijking in België tegen deze vraag aangekeken?

In par. 6 onderzoeken de auteurs voorts kort een thema buiten de digitale markten, namelijk de aansprakelijkheid voor gebreken bij de verkoop van levende dieren aan consumenten. In Nederland is over dat onderwerp ten tijde van de implementatie discussie geweest en recenter opnieuw, naar aanleiding van een voorgestelde wijziging van de bewijslasttermijn en een daaropvolgend advies van de Raad van State.¹⁹ In België zijn de levende dieren daarentegen uitdrukkelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van de omgezette wetgeving en zullen in een afzonderlijke wet worden opgenomen. Te meer nu het Europese recht de lidstaten veel ruimte laat om over de consumentenkoop van dieren een eigen beleid uit te stippelen, levert de vergelijking tussen de twee landen mogelijk ook op dit punt nuttige inzichten op. In par. 7 sluiten de auteurs af met een aantal conclusies.

2. Implementatie van de Richtlijnen consumentenkoop en digitale inhoud in Nederland en België

De Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud zijn inmiddels geïmplementeerd in nationaal recht. Ten eerste bracht zowel de Nederlandse als de Belgische wetgever de algemene kooptitel in overeenstemming met de wijzigingen die de Richtlijn consumentenkoop meebracht, respectievelijk in titel 1 (artikel 1 e.v.) van Boek 7 (Nederlands) BW en in titel VI (artikel 1582 e.v.) van Boek III (Belgisch) oud BW. Om de Richtlijn digitale inhoud te implementeren voegden de beide wetgevers in die boeken ten tweede telkens een nieuwe titel in: titel 1AA (artikel 7:50aa e.v.) Nederlands BW en titel VIbis (artikel 1701/1 e.v.) Belgisch oud BW. Zowel in Nederland als in België werden de Europese bepalingen dus uitdrukkelijk ingebed in het burgerlijk recht. Voor België was die benadering nochtans niet vanzelfsprekend,²⁰ aangezien het merendeel van de consumentenrechtelijke richtlijnen als regels van dwingend recht zijn omgezet in Boek VI 'Marktpraktijken en consumentenbescherming' van het Wetboek van economisch recht, dat als *lex specialis* geldt ten opzichte van het gemeen recht in het oud en nieuw BW.

In beide rechtsstelsels werd de implementatie van de richtlijnen afgerond na de deadline van 1 juli 2021. In Nederland zijn de nieuwe regels uit beide richtlijnen in werking getreden per 27 april 2022.²¹ Interessant is dat de regels over digitale inhoud en digitale diensten ook van toepassing zijn op lopende overeenkomsten die al eerder zijn gesloten.²² In België zijn de nieuwe regels voor digitale inhoud en digitale diensten van toepassing op *leveringen* die plaatsvinden sinds 1 juni 2022.²³ De nieuwe consumentenkoopregels zijn van toepassing op overeenkomsten die werden gesloten vanaf 1 juni 2022, behalve wat de verkoop van levende dieren betreft.²⁴

In het vervolg van deze paragraaf zetten de auteurs de belangrijkste vernieuwingen uiteen die de twee richtlijnen in de nationale wetboeken hebben aangebracht en lichten ze toe hoe de nationale wetgevers die een plaats hebben gegeven. Het toepassingsgebied en de verbintenissenrechtelijke kwalificatie komen daarbij eerst aan

17. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming, AVG) (*PbEU* 2016, L 119).

18. Autoriteit Persoonsgegevens, 'Advies wetsvoorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud', 16 april 2020, autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/advies_implementatiewet_richtlijnen_verkoop_goederen_en_levering_digitale_inhoud.pdf (laatst geraadpleegd op 3 oktober 2023) (verder: Advies AP 2020).

19. Voorstel tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de termijn van de omkering van de bewijslast voor consumentenkoop van levende dieren (Aanpassingswet bewijslasttermijn consumentenkoop levende dieren), *Kamerstukken II* 2021/22, 36163, nr. 1-4.

20. Zie ook kritisch: S. Geiregat & R. Steennot, 'Consumentenkoop & digitale inhoud: toepassingsgebied & afbakening', in: I. Claeys & E. Terryn (red.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 90, par. 121.

21. Implementatiewet (NL) richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, *Stb.* 2022, 164, Art. VI. Zie over de (voorgestelde) omzetting naar Nederlands recht en kritische punten daarbij: M.B.M. Loos, 'De (voorgestelde) omzetting van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud', *TvC* 2021, afl. 4, p. 216-228.

22. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 9.

23. Art. 25 wet (BE) 20 maart 2022 tot wijziging van de bepalingen van het oud Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de verkopen aan consumenten, tot invoering van een nieuwe titel VIbis in boek III van het oud Burgerlijk Wetboek en tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, *BS* 31 maart 2022 (Belgische implementatiewet).

24. Art. 23 en 24 Belgische implementatiewet; zie *infra*, par. 6.

bod (par. 2.1), waarna de focus achtereenvolgens verschuift naar de geharmoniseerde conformiteitsvereisten (par. 2.2), de aansprakelijkheid en de termijnen die daarmee verband houden (par. 2.3) en de remedies waarop consumenten zich in geval van conformiteitsgebreken kunnen beroepen (par. 2.4). Tot slot volgt een kritische beschouwing ten aanzien van de inbedding van duurzaamheidsdoelstellingen in het consumentencontractrecht. De Europese wetgever heeft onzes inziens op dit punt kansen laten liggen (par. 2.5).

2.1. Toepassingsbereik en kwalificatie

De Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud kennen een breed toepassingsbereik (zie artikel 3 van beide richtlijnen). De Richtlijn consumentenkoop is van toepassing op koopovereenkomsten tussen een consument en een verkoper.²⁵ De regels gelden voor alle verkoopkanalen zodat sprake is van ‘een gelijk speelveld’ voor alle bedrijven die aan consumenten goederen verkopen.²⁶ Op levende dieren mogen lidstaten afwijkende bepalingen toepassen.²⁷ De term goederen omvat ook ‘goederen met digitale elementen’. Zij worden ook wel goederen met ‘embedded software’ genoemd.²⁸ In de richtlijn genoemde voorbeelden zijn een smartphone met een vooraf geïnstalleerde camera-applicatie of een smartwatch met een applicatie die nodig is om de functies te vervullen.²⁹ De richtlijnen zijn opgevat als een complementair geheel met wederzijds uitsluitend toepassingsgebied.³⁰ In geval van twijfel tussen de toepasselijkheid van de ene of de andere richtlijn prevaleert de Richtlijn consumentenkoop.³¹

De Richtlijn digitale inhoud is in beginsel van toepassing op overeenkomsten waarbij de handelaar digitale inhoud of een digitale dienst³² aan de consument levert of zich ertoe verbindt die te leveren en de consument een prijs betaalt of zich ertoe verbindt een prijs te betalen.³³ Het materiële toepassingsbereik is zeer ruim. Zo is niet van belang of de inhoud of dienst volgens de voorkeuren

van de consument werd ontwikkeld³⁴ en zijn de conformiteitsregels ook van toepassing op cd's, dvd's, cd-roms en andere ‘materiële gegevensdrager[s] die uitsluitend dien[en] als drager voor digitale inhoud’.³⁵ Deze zijn dan ook uitdrukkelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van de consumentenkoopregels.³⁶

De regels uit de Richtlijn digitale inhoud zijn niet alleen van toepassing wanneer de consument een prijs betaalt, maar eveneens ingeval hij ‘betaalt’ door middel van het verstrekken van persoonsgegevens.³⁷ Deze richtlijn heeft ervoor gezorgd dat persoonsgegevens voor het eerst formeel werden opgevat als verbintenisrechtelijke tegenprestatie.³⁸ Of die tegenprestatie als contractueel of quasi-contractueel moet worden beschouwd, wordt aan het nationale recht overgelaten. In Nederland wordt de levering van digitale inhoud bijvoorbeeld onder het overeenkomstenrecht gebracht, terwijl Duitsland de regels als quasi-contractueel beschouwt. Dat wil zeggen dat weliswaar een uitwisseling van prestaties plaatsvindt, maar dat formeel geen sprake is van een contractuele rechtsverhouding.³⁹

Wat opvalt, is dat in de Richtlijn consumentenkoop (2019/771) wordt gesproken over de ‘verkoper’⁴⁰ terwijl de Richtlijn digitale inhoud het heeft over de ‘handelaar’.⁴¹ Een verklaring daarvoor kan zijn dat de kwalificatie van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud of diensten uitdrukkelijk werd overgelaten aan de lidstaten. Er is in geval van overeenkomsten tot levering van digitale inhoud of digitale diensten niet (in alle gevallen) sprake van een koopovereenkomst, waardoor de term ‘verkoper’ niet steeds passend is. In de richtlijn wordt dan ook toegelicht dat de lidstaten kunnen kiezen voor een kwalificatie als koop, dienst, huur of een contract *sui generis*.⁴²

Tot slot zijn er nog twee interessante nieuwigheden in vergelijking met eerdere wetgeving in de definities van

25. Art. 3 lid 1 Richtlijn 2019/771.

26. Overweging 9, Richtlijn 2019/771.

27. Zie *infra*, par. 6.

28. Zie voor een kritische analyse van de insluiting van goederen met digitale elementen: J. Werbrout, ‘Goederen met “embedded software”’. Consumentenbescherming 2.0 in tijden van digitale inhoud?, in: R. Steennot & G. Straetmans (red.), *Digitalisering van het recht en consumentenbescherming*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 121-158.

29. Overweging 15, Richtlijn 2019/771. Overweging 21, Richtlijn 2019/770; zie ook Geiregat & Steennot 2020 (*supra* noot 20), p. 71-79, par. 81-95.

30. Geiregat & Steennot 2020 (*supra* noot 20), p. 41, par. 24.

31. Art. 3 lid 3 Richtlijn 2019/771; art. 3 lid 4 Richtlijn 2019/770. Voor Nederlands recht is dit geïmplementeerd in art. 7:50ab lid 2 onder b BW. Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 42: ‘Onderdeel b geeft weer dat bij twijfel of titel 7.1 BW of titel 7.1AA BW van toepassing is, titel 7.1 BW prevaleert’. Voor Belgisch recht zie art. 1649bis, § 2, tweede lid, tweede volzin oud BW.

32. Zie uitgebreid over die begrippen en de uitsluitingen: Geiregat & Steennot 2020 (*supra* noot 20), p. 42-64, par. 26-64.

33. Art. 3 lid 1 Richtlijn 2019/770; zie ook overweging 18, Richtlijn 2019/770.

34. Art. 3 lid 2 Richtlijn 2019/770; omgezet in art. 7:50ab lid 1 onder a, *in fine* BW (NL) en art. 1701/2, § 3 oud BW (BE).

35. Art. 3 lid 3 Richtlijn 2019/770; omgezet in art. 7:50ab lid 1 onder c BW (NL) en art. 1701/2, § 4 oud BW (BE).

36. Art. 3 lid 4 onder a Richtlijn 2019/771.

37. Zie hierover bijvoorbeeld: M.B.M. Loos, ‘Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande’, *TvC* 2019, afl. 3, p. 108.

38. E.J. van de Pas & K. Christianen, ‘Verdere harmonisatie van online consumentenrecht: een eerste kritische beschouwing’, *IR* 2016, afl. 1, par. 3.2.

39. Vgl. A. Metzger, ‘A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services’, in: S. Lohsse, R. Schulze & D. Staudenmayer (red.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Oxford: Hart Publishing, Baden-Baden: Nomos 2020, p. 30 e.v.

40. Art. 2 lid 3 Richtlijn 2019/771.

41. Art. 2 lid 5 Richtlijn 2019/770.

42. Overweging 12, Richtlijn 2019/770.

zowel de verkoper als de handelaar. Ten eerste strekken die begripsomschrijvingen zich nu mede uit tot ‘een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit’ (artikel 2 lid 3 Richtlijn consumentenkoop). In België is die uitbreiding uitdrukkelijk omgezet,⁴³ terwijl volgens de Nederlandse memorie van toelichting op dit punt geen implementatie nodig was nu de koopregel al een bepaling bevat over volmacht.⁴⁴ Of dat terecht is, is de vraag. De vergelijkbare bepaling uit de Richtlijn consumentenrechten is wel uitdrukkelijk in het nationale recht overgenomen, zonder rekening te houden met nationale regelgeving over vertegenwoordiging.⁴⁵ Ten tweede stelden de nieuwe Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud voor dat aanbieders van platformen als verkoper/handelaar kunnen worden beschouwd indien zij handelen voor doeleinden die betrekking hebben op hun eigen bedrijf en als rechtstreekse contractpartij van de consument optreden voor de verkoop van goederen dan wel digitale inhoud en digitale diensten. Aan de lidstaten werd daarbij de vrijheid gegeven om de toepassing van de regels uit te breiden tot aanbieders van platformen die niet aan de eisen van de richtlijn voldoen om als verkoper dan wel handelaar volgens de richtlijn te worden gekwalificeerd.⁴⁶ Noch de Belgische wetgever, noch de Nederlandse wetgever heeft van die optie gebruikgemaakt.

2.2. Conformiteit

De Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud harmoniseren de aansprakelijkheid van professionele wederpartijen van consumenten in geval van de levering van roerende zaken, van digitale inhoud of van digitale diensten die gebrekkig of niet-conform zijn. De kern van die richtlijnen wordt dan ook gevormd door de eenmaking van de criteria aan de hand waarvan de rechter moet bepalen of er sprake is van conformiteit. Ondanks hun verschillende toepassingsbereik en enkele terminologische afwijkingen, volgen de Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud in dit verband een parallel stramien. Ze stellen de conformiteit afhankelijk van twee typen criteria: subjectieve conformiteitsvereisten en objectieve conformiteitsvereisten.⁴⁷

De subjectieve conformiteitsvereisten komen er *grosso modo* op neer dat de geleverde zaak, inhoud of digitale dienst dient overeen te stemmen met de vereisten uit de overeenkomst tussen de consument en de professionele

wederpartij. De beide richtlijnen bepalen dat het geleverde ‘wat betreft de (...) kenmerken [moet] voldoen’ aan de overeenkomsten, dat het ook de afgesproken accessoires en instructies moet bevatten, dat het van de afgesproken updates moet worden voorzien en dat het geschikt moet zijn voor het bijzondere gebruik dat door de consument gewenst en door de verkoper/handelaar werd aanvaard.⁴⁸ Het is vernieuwend dat (beveiligings) updates uitdrukkelijk deel uitmaken van de conformiteitsvereisten. Dit is belangrijk voor de bescherming van de consument die van de handelaar afhankelijk is van updates om digitale inhoud of digitale diensten langdurig veilig te kunnen gebruiken. Hoe lang de periode waarin updates moeten worden geleverd precies is, is niet voorgeschreven in de richtlijnen. Bij digitale inhoud en digitale diensten heeft de consument daarenboven recht op de meest recente versie die bij de contractsluiting beschikbaar was, behoudens andersluidende afspraak.⁴⁹ De Belgische en Nederlandse wetgever hebben die bewoordingen letterlijk overgenomen.⁵⁰

Met de objectieve conformiteitsvereisten had de Europese wetgever tot doel om in algemene termen een ondergrens voor conformiteit te definiëren, die nu ook in de Nederlandse en Belgische wetgeving werd gebeïeld.⁵¹ Volgens die vereisten moet het geleverde onder meer geschikt zijn voor de doeleinden waarvoor voorwerpen van hetzelfde type ‘gewoonlijk zouden worden gebruikt’, moeten de toebehoren en instructies worden meegeleverd ‘die de consument *redelijkerwijs* mag verwachten’ en moet het geleverde over de hoeveelheid, kwaliteiten en andere kenmerken beschikken die voor hetzelfde type van goederen, digitale inhoud of digitale diensten *normaal* of *gebruikelijk* zijn en die de consument ‘*redelijkerwijs* mag verwachten’ in de omstandigheden.⁵² De aanwezigheid van objectieve vereisten kan in zekere mate de bestaande *take-it-or-leave-it*-positie die (‘sterke’) verkopers en handelaren ten opzichte van (‘zwakke’) consumenten innemen, corrigeren. Opvallend is daarbij wel dat de wetgever het principieel dwingende karakter⁵³ van de objectieve conformiteitsvereisten in de richtlijnen en omzettingbepalingen heeft voorzien van een uitzondering. Een professionele wederpartij kan namelijk afwijken van die vereisten voor zover hij kan aantonen dat de consument bij de contractsluiting uitdrukkelijk in kennis was gesteld dat een specifiek kenmerk afweek van de vereisten en dat de consument die afwijking ‘uitdrukkelijk en afzonderlijk heeft aanvaard’.⁵⁴ Deze aan vormvoorschriften

43. Art. 1649bis, § 1, 2° en art. 1701/1, 5° oud BW (BE).

44. ‘Behoeft geen implementatie’/‘Is al geregeld in art. 7:5 lid 1 en 2 BW’. Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 60.

45. Vgl. M.Y. Schaub, ‘Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud’, *NtEr* 2019, afl. 9/10, p. 247.

46. Overweging 23, Richtlijn 2019/771 en overweging 18, Richtlijn 2019/770.

47. Art. 5 Richtlijn 2019/771 en art. 6 Richtlijn 2019/770.

48. Art. 6 Richtlijn 2019/771 en art. 7 Richtlijn 2019/770.

49. Art. 8 lid 6 Richtlijn 2019/770; art. 1701/6, § 6 oud BW (BE) en art. 50ad lid 2 BW (NL).

50. Zie art. 1649ter, § 2 en art. 1701/5 oud BW (BE); art. 7:18 lid 1 en art. 7:50ae lid 1 BW (NL).

51. Art. 7 Richtlijn 2019/771 en art. 8 Richtlijn 2019/770; omgezet in art. 1649ter, § 3 en art. 1701/6 oud BW (BE); art. 7:18 lid 2 en art. 7:50ae lid 2 BW (NL).

52. Zie art. 7 lid 1 onder a, b en d Richtlijn 2019/771 en art. 8 lid 1 onder a, b en c Richtlijn 2019/770; eigen cursivering.

53. Art. 21 lid 1 Richtlijn 2019/771; art. 22 lid 1 Richtlijn 2019/770; art. 1649octies, eerste lid en art. 1701/18, eerste lid oud BW (BE); art. 7:6 lid 1 en art. 7:50ap lid 1 BW (NL).

54. Art. 7 lid 5 Richtlijn 2019/771; art. 8 lid 5 Richtlijn 2019/770.

gekoppelde afwijkmogelijkheid was allicht bedoeld voor de zeldzame gevallen waarin iemand bijvoorbeeld een oude radio koopt als sierstuk. In de praktijk kan hier echter een achilleshiel bestaan voor consumentenbescherming, nu de regel een gemakkelijke ontsnapingsroute kan bieden aan verkopers of handelaren die consumenten immers zouden kunnen vragen afstand te doen van rechtmatige conformiteitsverwachtingen.

Inhoudelijk heeft de nieuwe Richtlijn consumentenkoop de conformiteitsvereisten in vergelijking met de oude Richtlijn consumentenkoop uit 1999 uitgebreid uitgeschreven. Het is evenwel twijfelachtig of de gewijzigde tekst in de praktijk ook tot meer bescherming en meer rechtszekerheid zal leiden. Is een korte en bondige open norm zonder uitzonderingen immers niet wenselijker dan een lang uitgesponnen versie met ontsnapingsroute? Soortgelijke kritiek gaat in beginsel ook op voor de criteria uit de Richtlijn digitale inhoud. Aan de andere kant lijkt de toevoeging van geharmoniseerde lijsten met conformiteitscriteria voor geleverde digitale inhoud en digitale diensten wel een grote stap voorwaarts te vormen. De implementatie van die lijsten betekende voor tal van lidstaten immers niet alleen de eerste gelegenheid om de levering van digitale producten een plaats te geven binnen hun burgerlijk recht. Ze vormt meteen ook een nieuwe set van dwingende regels binnen het contractenrecht die de consument beschermt aan de hand van Europees integraal geharmoniseerde criteria.

Twee nuances doen evenwel enigszins afbreuk aan de dwingende bescherming die de Richtlijn digitale inhoud dankzij de geharmoniseerde criteria zou moeten bieden. Ten eerste geldt de reeds genoemde bepaling dat professionele wederpartijen uitdrukkelijk kunnen afwijken van de objectieve criteria. Ten tweede blijft het nog een groot vraagteken *wat* de gemiddelde consument van digitale inhoud of een digitale dienst nu concreet gerechtigd is te verwachten. Bij gebrek aan duidelijke ankerpunten, is het voor dergelijke producten van recente makelij immers nog zeer onduidelijk hoe de verwachte standaard of het ideaalmodel eruit ziet.⁵⁵ Dit geldt met name voor digitale inhoud en digitale diensten, vanwege het 'nieuwe' karakter (en daardoor mogelijke onbekendheid voor de consument) hiervan en de constante ontwikkelingen die dit type producten doormaken.⁵⁶

Met andere woorden: wat bijvoorbeeld van software op een smartphone mag worden verwacht, kan anno 2024 geheel anders zijn dan over een paar jaar.

2.3. Aansprakelijkheid, bewijslast en termijnen

De levering van een zaak, van digitale inhoud of van een digitale dienst die bij de levering⁵⁷ is behept met een conformiteitsgebrek, geeft aanleiding tot aansprakelijkheid van de rechtstreekse contractpartij van de consument: de verkoper c.q. handelaar. Om de remedies uit de richtlijnen te kunnen uitoefenen, dient de consument rekening te houden met termijnen, die uiteenlopend zijn geregeld in de twee richtlijnen en in de Belgische en Nederlandse omzettingbepalingen. Wij beperken ons hierna tot de omkering van de bewijslast en de klachtplicht.

Een eerste relevant verschil doet zich voor ten aanzien van het tijdstip waarop het gebrek zich openbaart. Net zoals onder de oude regeling in de Richtlijn consumentenkoop uit 1999, is het steeds aan de consument om te bewijzen dat er een conformiteitsgebrek is.⁵⁸ Komt het gebrek aan de oppervlakte tijdens een bepaalde periode, dan wordt er in beginsel evenwel vermoed dat het gebrek al aanwezig was bij de levering. Onder de oude richtlijn was de termijn van omkering van de bewijslast vastgelegd op zes maanden na de levering, zonder mogelijkheid om af te wijken.⁵⁹ De nieuwe Richtlijn consumentenkoop laat lidstaten daarentegen de keuze tussen één of twee jaar. Voor digitale inhoud en digitale diensten hangt de bewijslastomkering af van de soort overeenkomst. Gaat het over een 'eenmalige', aflopende levering, dan geldt het vermoeden gedurende één jaar vanaf de levering. Betreft het een 'continue', doorlopende levering, dan geldt de bewijslastomkering voor de volledige leveringsduur.⁶⁰

De Belgische wetgever heeft de maximaal geharmoniseerde termijnen voor de bewijslastomkering netjes overgenomen.⁶¹ Geruggesteund door rechtsvergelijkende argumenten en duurzaamheidsoverwegingen⁶² werd de duurtijd van de bewijslastomkering voor roerende zaken bovendien verhoogd naar twee jaar: de volledige wettelijke garantietermijn. Hoewel die keuze de doeltreffende bescherming van consumenten ongetwijfeld ten goede komt, valt het resultaat moeilijk nog overzichtelijk te noemen. Voor roerende zaken geldt nu in

55. Zie over de thematiek van de consumentenverwachtingen bij digitale producten ook S. Geiregat, 'What Digital Content Consumers (Should) Want: Concretizing the Conformity Requirements in the Digital Content Directive – A Tentative Suggestion', in: A.K. Bernzen, K. Grisse & K. Kaesling (red.), *Immaterialgüter und Medien im Binnenmarkt: Europäisierung des Rechts und ihre Grenzen*, Baden-Baden: Nomos 2022, p. 65-87; S. Geiregat, 'What is Normal Use that Consumers Can Reasonably Expect? Data law and copyright as yardsticks to interpret the conformity requirements in the Digital Content Directive and the unfulfilled potential of lawful use exceptions', in: S. Geiregat & H. Vanhees (red.), *Copyright Contracts Tomorrow*, Leuven: LeA Publishers 2023, p. 111-143. Zie ook D.J.B. Op Heij, 'Digital Content and Consumer Law', in: V. Mak, T.F.E. Tjong Tjin Tai en A. Berlee (red.), *Research Handbook in Data Science and Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2024 (nog te verschijnen).

56. Zie voor een voorstel tot concretisering uitgebreid: Geiregat 2022 (supra noot 55), p. 65-87.

57. Het ijkpunt voor aansprakelijkheid is normaliter het tijdstip van de levering. De beide richtlijnen voorzien evenwel in afwijkingen, waardoor ook nadien ontstane conformiteitsgebreken aanleiding geven tot aansprakelijkheid. Zie m.n. art. 8 Richtlijn 2019/771 en art. 9 Richtlijn 2019/770 (verkeerde installatie); alsook art. 10 lid 2 Richtlijn 2019/771 en art. 11 lid 3 Richtlijn 2019/770 (overeenkomsten met doorlopende verbintenissen); en art. 10 lid 1 jo. art. 7 lid 3 Richtlijn 2019/771 en art. 19 Richtlijn 2019/770 (updates en wijzigingen).

58. Zie HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, punt 70 (*Faber*).

59. Art. 5 lid 3 Richtlijn consumentenkoop 1999.

60. Art. 12 lid 1 en 3 Richtlijn 2019/770.

61. Art. 1701/8, § 2, tweede lid, § 3, derde lid en § 4 oud BW (BE).

62. MvT Belgische implementatiewet, 55K2355/1, 29-30.

principe een garantietermijn van twee jaar met een bewijslastomkering gedurende die volledige termijn. De Nederlandse wetgever gaat niet uit van een omkering van deze maximale termijn van twee jaar, maar heeft gekozen voor één jaar, hetgeen nog steeds een verdubbeling is ten opzichte van de eerder geldende zes maanden. De reden van het Nederlandse kabinet is duidelijkheid en zekerheid. Er geldt nu namelijk een uniforme termijn voor de omkering van de bewijslast voor zowel goederen als digitale inhoud en digitale diensten.⁶³

Ten tweede noemen wij de kennisgevingstermijn: de maximumtijd die de consument heeft om een gebrek aan de verkoper te melden, nadat dit gebrek werd vastgesteld. De oude Richtlijn consumentenkoop 1999 liet toe dat lidstaten hiervoor een termijn van minstens twee maanden voorschreven.⁶⁴ De nieuwe Richtlijn consumentenkoop bevestigt die regel.⁶⁵ Onder de oude Belgische consumentenkoopregels was er in beginsel geen verplichte kennisgevingstermijn. Partijen konden evenwel uitdrukkelijk een termijn van twee maanden of meer overeenkomen. In de praktijk zouden vooral grote ondernemingen die termijn standaard in hun algemene voorwaarden hebben opgenomen. Op het advies van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO⁶⁶ koos de Belgische wetgever dan ook voor een wettelijke verplichting voor consumenten om conformiteitsgebreken ten laatste twee maanden na de vaststelling ervan te melden aan de verkoper, tenzij er een lange periode was afgesproken.⁶⁷ In Nederland is de klachtplicht zoals geregeld in artikel 7:23 lid 1 BW behouden die de verkoper beschermt tegen ‘late en daardoor moeilijk te betwisten klachten’.⁶⁸ Volgens dat artikel is bij een consumentenkoop een kennisgeving binnen twee maanden tijdig. De Richtlijn digitale inhoud verbiedt lidstaten een klachtplicht in te voeren voor overeenkomsten over digitale inhoud of digitale diensten.⁶⁹

2.4. Remedies

Is een professionele verkoper of handelaar aansprakelijk voor een conformiteitsgebrek, dan kan de consument zich ingevolge de richtlijnen (alleen) wenden tot die verkoper of handelaar om dat gebrek te remediëren. Conform het model van de Richtlijn consumentenkoop 1999 en daarmee het recht vóór implementatie van de nieuwe richtlijnen, zijn de remedies inhoudelijk gelijk gebleven, namelijk nakoming (het conform maken), prijsvermindering en ontbinding. In geval van de ver-

koop van goederen mag de consument in beginsel kiezen tussen herstel of vervanging als soorten nakoming.⁷⁰ Deze keuze voor de consument bestaat niet in geval van overeenkomsten over digitale inhoud of digitale diensten. Wel ligt de keuze voor de consument voor herstel of vervanging van goederen onder vuur in verband met duurzaamheidsdoeleinden. In een voorstel voor een richtlijn ter bevordering van de reparatie van goederen wordt onder meer voorgesteld aan het huidige artikel 13 lid 2 Richtlijn 2019/771 toe te voegen: ‘In afwijking van de eerste zin van dit lid herstelt de verkoper, indien de kosten voor vervanging gelijk zijn aan of hoger zijn dan de herstellingskosten, de goederen om deze goederen in conformiteit te brengen’.⁷¹

Alleen als een remedie *in natura* onmogelijk is of onevenredige kosten met zich zou brengen, als de handelaar nalaat of weigert om dit daadwerkelijk te doen, of als het gebrek te ernstig is, heeft de consument het recht om de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden. Eveneens kan hij kiezen voor prijsvermindering. Beide remedies zijn pas beschikbaar indien herstel of vervanging onmogelijk of disproportioneel is, zodat bij consumentenkoop een hiërarchie bestaat tussen remedies met nakomingsacties als remedies van de eerste orde. Van deze strakke lijn is echter in de nieuwe richtlijn iets afgeweken. Doordat onder de nieuwe Richtlijn consumentenkoop uit 2019 meer gevallen bestaan waarin de consument naar de remedies van de tweede orde mag afdalen, wordt de door de nieuwe richtlijn hervormde hiërarchie van remedies omschreven als minder absoluut.⁷² Ontbinding blijft evenwel enkel toegelaten mits het gebrek aan overeenstemming ‘niet onbeduidend’ of ‘niet gering’ is. In het tegengestelde geval moet de consument genoeg nemen met het alternatief van een evenredige prijsvermindering.

Logischerwijs heeft de consument geen recht op prijsvermindering indien geen prijs in geld is betaald, maar is ‘betaald’ in de vorm van persoonsgegevens. Om de consument tegemoet te komen, heeft hij dan wel eerder recht op ontbinding. De regel dat de consument enkel de overeenkomst mag ontbinden indien het gebrek niet gering is, geldt namelijk uitsluitend wanneer de digitale inhoud of digitale dienst wordt geleverd tegen betaling van een prijs of een digitale weergave van waarde.⁷³ Tot slot wordt bij de remedie ontbinding in geval van digitale inhoud of een digitale dienst rekening gehouden met

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

64. Art. 5 lid 2 eerste zin Richtlijn consumentenkoop 1999.

65. Art. 12 Richtlijn 2019/771.

66. MvT Belgische implementatiewet, 55K2355/1, 27.

67. Art. 1649quater, § 2 (in de oude en nieuwe lezing) oud BW (BE).

68. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 20.

69. Overweging 11, laatste zin, Richtlijn 2019/770.

70. Art. 13 lid 2 Richtlijn 2019/770.

71. Brussel 22 maart 2023, COM(2023)155 final, p. 31. Zie nader over circulariteit en het consumentenrecht: C.M.D.S. Pavillon, ‘Consumentenrechtelijke stukjes in de circulariteitspuzzel’, *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 289-298.

72. S. Stijns & S. Jansen, ‘Remedies bij consumentenkoop’, in: I. Claeys & E. Terry (red.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 218-220, par. 46. Zie ook over de afzwakking van het hiërarchische systeem van remedies naar aanleiding van de implementatie van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop in het Nederlands BW: V. Mak & D.J.B. Op Heij, ‘De implementatie van de nieuwe Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud in het BW: de implicaties voor het bestaande hiërarchische systeem van remedies’, *TvC* 2021, afl. 5, p. 277.

73. Art. 14 lid 6 Richtlijn 2019/770. Voor Nederlands recht: art. 7:50ai lid 6 BW.

de wisselwerking tussen de Richtlijn digitale inhoud en de AVG.⁷⁴

Vermeldenswaardig is tot slot dat de remedie schadevergoeding niet is geharmoniseerd.⁷⁵ De grondslag voor een recht op schadevergoeding naar Nederlands recht bij een consumentenkoop is artikel 7:24 lid 1 jo. artikel 6:74 en 6:75 BW. De wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding zijn neergelegd in artikel 6:95 e.v. BW. De Belgische wetgever koos ervoor om slechts zeer algemeen te verwijzen naar de mogelijkheid voor consumenten om behalve de geharmoniseerde remedies ook schadevergoeding naar gemeen recht te bekomen, en dit enkel in de bepalingen over de consumentenkoop.⁷⁶

2.5. Gemiste kans voor de Europese wetgever in het streven naar duurzaamheid

Hoewel de richtlijnen het consumentencontractenrecht op een aantal punten hebben versterkt, namelijk ten aanzien van conformiteit en remedies, kan reeds nu worden gesteld dat kansen zijn blijven liggen. In het bijzonder voor het realiseren van Europese en nationale beleidsdoelen ten aanzien van duurzaamheid van producten zouden de regels voor consumentenkoop en digitale inhoud een bijdrage kunnen leveren. Dat is zichtbaar in de discussie over het 'recht op herstel' (zoals in par. 2.4 reeds kort aangehaald), die op Europees niveau langzaam op gang kwam maar nu heeft geresulteerd in een voorstel voor een nieuwe richtlijn waarin onder andere aanpassingen van de Richtlijn consumentenkoop worden voorzien.⁷⁷ Op grond van dit voorstel zou herstel voor consumenten de verplichte primaire remedie moeten worden in gevallen waarin herstel goedkoper is dan vervanging.⁷⁸ Dat betekent dat zowel van partijen aan de aanbodzijde van de markt als van consumenten een inspanning wordt verwacht. Producenten en verkopers zullen reële mogelijkheden voor herstel van producten moeten bieden, terwijl consumenten verplicht zullen worden om herstel te proberen in plaats van de mogelijkheid te hebben direct voor vervanging te kiezen.⁷⁹

Een andere gemiste kans is onzes inziens dat geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om zogeheten kunstmatige, geplande of voorgeprogrammeerde veroudering (*planned obsolescence*) tegen te gaan via de regels van het consumentencontractenrecht. Die termen duiden op de bewust productie van consumentengoederen met een geplande levensduur waardoor op termijn vervanging nodig is.⁸⁰ Tijdens het wetgevingsproces

van herziening van de Richtlijn consumentenrecht is wel onderzoek gedaan naar mogelijke regelgeving ten aanzien van de levensduur van producten, maar in de uiteindelijk aangenomen tekst is daarover geen bepaling opgenomen. De richtlijn verwijst in overweging 32 wel naar duurzaamheid als onderdeel van conformiteit – waarbij duurzaamheid verwijst naar de te verwachten levensduur van producten en niet naar het milieu – maar het verlengen van de levensduur van producten is geen doel op zich van de richtlijn.⁸¹ Overigens is er wel een verplichting toegevoegd voor de verkoper om herstel of vervanging aan te bieden indien die door middel van een commerciële garantie de duurzaamheid van een product voor een bepaalde periode heeft gegarandeerd.⁸²

2.6. Tussenconclusie: harmonisatie van regels betreffende conformiteit en remedies, maar niet voor termijnen

Uit deze analyse blijkt dat de richtlijnen de regels voor consumentenkoop en voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud of digitale diensten voor een groot deel hebben geharmoniseerd. De regels ten aanzien van conformiteit en remedies zijn in Nederland en België vrijwel gelijklopend. De richtlijnen laten in dat opzicht weinig ruimte vanwege de keuze voor maximumharmonisatie. Waar wel keuzevrijheid is gelaten door de Europese wetgever, is ten aanzien van termijnen voor aansprakelijkheid en omkering van de bewijslast. Nederland en België zijn daarin andere richtingen uitgegaan. Hoewel dat weloverwogen gebeurde, blijft het resultaat een onoverzichtelijk speelveld. Dat valt enigszins te betreuren aangezien de Europese wetgever er blijkbaar wel in is geslaagd om tot een akkoord te komen over de harde kern van de betrokken overeenkomst: de criteria die uitmaken of en onder welke omstandigheden een professionele contractpartij aansprakelijk is, en de remedies waarop de consument desgevallend recht heeft. Het zou onzes inziens dan ook wenselijk zijn om daarnaast meer eenheid te bewerkstelligen op het vlak van de bijkomende aspecten, bijvoorbeeld door de termijnen gelijk te trekken. Op die manier kan meer rechtszekerheid worden bewerkstelligd voor consumenten die grensoverschrijdend aankopen doen.

3. Aansprakelijkheid en regres in de keten

Deze paragraaf onderzoekt in hoeverre de aansprakelijkheid voor gebrekkige goederen of diensten kan worden gelegd bij anderen in de keten dan de verkoper c.q.

74. Art. 16 lid 2 Richtlijn 2019/770. Zie voor de verplichtingen naar Nederlands recht: art. 7:50aj BW.

75. Art. 3 lid 10 Richtlijn 2019/770. Art. 3 lid 6 Richtlijn 2019/771.

76. Zie art. 1649*quinquies*, § 1, eerste lid oud BW (BE): 'Naast desgevallend schadevergoeding...'; zie ook R. Steennot, 'Commentaar bij art. 1649bis-1649*monies* [oud] BW (Inl.)', in: *Comm. Bijz. Ov.*, 2022, afl. 133, losbl., 6, par. 7.

77. Brussel 22 maart 2023, COM(2023)155 final.

78. COM(2023)155 final, art. 12: 'In afwijking van de eerste zin van dit lid herstelt de verkoper, indien de kosten voor vervanging gelijk zijn aan of hoger zijn dan de herstellingskosten, de goederen om deze goederen in conformiteit te brengen.'

79. Zoals mogelijk onder de huidige regels. Zie art. 7:21 lid 1 BW (NL) en art. 1649*quinquies*, § 1 en § 2 oud BW (BE). Het Hof van Justitie van de EU bevestigde de vrije keuze tussen herstel en vervanging in gevoegde zaken C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 (*Weber en Putz*).

80. Zie daarover A. Michel, *Premature Obsolescence. In Search of an Improved Legal Framework*, Leuven: KU Leuven 2022. Te raadplegen via dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:271326 (laatst geraadpleegd op 3 oktober 2023).

81. M. Bijlo, 'Een aantal aspecten van de implementatie van de nieuwe richtlijn Consumentenkoop (Richtlijn 2019/771) nader belicht', *Contracteren* 2021, afl. 3, p. 68, met verwijzing naar *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 27.

82. Art. 17 lid 1 Richtlijn 2019/771.

de handelaar met wie de consument rechtstreeks contracteert. Het zou te beperkt zijn wanneer uitsluitend de relatie tussen enerzijds de verkoper of handelaar en anderzijds de consument wordt gereguleerd, en eerdere schakels in de keten buiten schot zouden blijven. Heel vaak zullen conformiteitsgebreken immers het gevolg zijn van het doen of nalaten van de producent of van een tussenschakel in de distributieketen, en is ook herstel slechts mogelijk indien zij daaraan meewerken. Wat kan een elektronicaretailer er bijvoorbeeld aan doen dat u uw Philips-haardroger niet aan de praat krijgt? Op een aantal punten komt in de richtlijnen dan ook naar voren dat eerdere schakels in de transactieketen van betekenis zijn, namelijk in het kader van de conformiteit en het verhaal van verkopers of handelaren op hun leverancier (op de leverancier van die leverancier, enzovoort) tot en met de producent. In digitale markten is deze vraag in het bijzonder relevant wanneer het gaat om het leveren van veiligheidsupdates voor digitale inhoud.

Vooreerst zijn mededelingen die zijn gedaan door andere personen in eerdere schakels van de transactieketen relevant voor de vraag of het goed, de digitale inhoud of de digitale dienst voldoet aan de objectieve conformiteitsvereisten. In beide richtlijnen is te lezen dat goederen, digitale inhoud en digitale diensten kwaliteiten en kenmerken moeten bezitten voor hetzelfde type en die de consument redelijkerwijs mag verwachten. Om dat te bepalen zijn de aard van de goederen dan wel digitale inhoud en digitale diensten relevant, maar valt ook rekening te houden met publieke mededelingen die zijn gedaan door of namens de verkoper of handelaar of andere personen in eerdere schakels van de transactieketen.⁸³ Dit geldt ook voor goederen met digitale elementen. Een voorbeeld is een advertentie met een smart-tv en een videotoepassing.⁸⁴ Dit is uitgewerkt in artikel 7 lid 1 onder d (objectieve conformiteitsvereisten) van de Richtlijn consumentenkoop en artikel 8 lid 1 onder b (objectieve conformiteitsvereisten) van de Richtlijn digitale inhoud. De mededelingen door personen in eerdere schakels van de keten zijn voor de consument aldus relevant voor de vraag of het goed, de digitale inhoud of digitale dienst conform is, maar deze regels houden geen ‘regres’ in. Andere regels uit de richtlijnen zien daar wel op.

In de Richtlijn consumentenkoop is opgenomen dat de verkoper verhaal moet kunnen nemen op de verantwoordelijke in eerdere schakels van de transactieketen.⁸⁵ De *ratio* is dat het onbillijk zou zijn om kleine retailers enerzijds aansprakelijk te laten zijn voor conformiteits-

gebreken die ze niet hebben veroorzaakt, maar hun anderzijds niet de mogelijkheid te geven de kosten voor die aansprakelijkheid te verhalen op hun verkopers of de producent. Een voorbeeld is een conformiteitsgebrek als gevolg van verzuim van veiligheidsupdates. In artikel 18 is dit recht op verhaal opgenomen. Aan de lidstaten wordt evenwel overgelaten door wie en hoe verhaal kan worden genomen jegens andere partijen in de transactieketen.⁸⁶ De richtlijn mag geen afbreuk doen aan nationale wetgeving die regels geeft voor remedies buiten overeenkomst. Het gaat dan om personen in eerdere schakels van de transactieketen, zoals fabrikanten.⁸⁷

In de Richtlijn digitale inhoud wordt aan lidstaten de vrijheid gegeven om schadevorderingen te regelen jegens een andere derde dan de handelaar die de digitale inhoud of digitale dienst levert, zoals een ontwikkelaar.⁸⁸ Erkend wordt dat een conformiteitsgebrek vaak voortkomt uit een van de transacties in de keten. Het gaat dan om de keten van oorspronkelijke ontwerper tot de eindhandelaar.⁸⁹ De consument richt zich tot de eindhandelaar, maar de eindhandelaar moet passende rechten hebben ten opzichte van personen in de transactieketen in geval van commerciële transacties.⁹⁰ Het recht op verhaal is neergelegd in artikel 20 Richtlijn digitale inhoud. Lidstaten mogen ingevolge die bepaling namelijk in het nationale recht bepalen wie de personen in de keten zijn, en wat de wijzen en voorwaarden zijn om maatregelen te nemen tegenover de anderen in de keten.⁹¹ Voor het Nederlandse recht is dit artikel geïmplementeerd in artikel 7:50a BW.⁹² In dat artikel is opgenomen dat de artikelen 7:24 en 7:25 BW van overeenkomstige toepassing zijn wanneer de handelaar jegens de consument aansprakelijk is wegens verzuim om de digitale inhoud of dienst te leveren of wegens een gebrek dat voortvloeit uit een handelen of nalaten van een persoon in een eerdere schakel van de transactieketen. De regresmogelijkheden van de verkoper zijn dus van overeenkomstige toepassing op de handelaar.⁹³

Naar Belgisch recht is artikel 20 Richtlijn digitale inhoud geïmplementeerd in artikel 1701/16 oud BW. De wet bevestigt in dit kader dat een aangesproken verkoper of handelaar verhaal kan nemen op personen ‘in een eerdere schakel van de overeenkomstenketen’, en dit op grond van hun contractuele aansprakelijkheid. Zoals ook voorheen al het geval was in het Belgische consumentenrecht, bepaalt de wet bovendien uitdrukkelijk dat de bedingen die tot gevolg hebben om die aansprakelijkheid uit te sluiten aan de eindverkoper of hande-

83. Art. 7 onder d Richtlijn 2019/771. Art. 8 lid 1 onder b Richtlijn 2019/770. Implementatie in Nederlands recht: art. 7:18 lid 2 onder d BW en art. 7:50a lid 1 onder d BW.

84. Overweging 15, Richtlijn 2019/771.

85. Overweging 63, Richtlijn 2019/771. Art. 18 Richtlijn 2019/771. Voor het Nederlands recht hoeft dit geen implementatie, omdat dit al is geregeld in art. 7:25 lid 5 BW. Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, nr. 3, p. 65.

86. Overweging 63, Richtlijn 2019/771.

87. Overweging 18, Richtlijn 2019/771.

88. Overweging 13, Richtlijn 2019/770.

89. Overweging 78, Richtlijn 2019/771.

90. Overweging 78, Richtlijn 2019/771.

91. Overweging 78, Richtlijn 2019/771.

92. *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, nr. 3, p. 71.

93. *Kamerstukken II 2020/21*, 35734, nr. 3, p. 24.

laar niet tegenwerpelijk zijn.⁹⁴ Wat roerende goederen betreft, brengt die bepaling mee dat zowel de eindverkoper als de consument met succes aansprakelijksvorderingen zou kunnen richten tot een hogere schakel in de distributieketen.

4. Software

In deze paragraaf gaan de auteurs nader in op software en de verhouding tussen de regels die gelden op het terrein van de productaansprakelijkheid enerzijds (par. 4.1 en 4.2) en de regels uit de Richtlijnen consumentenkoop en digitale inhoud anderzijds (par. 4.3). In het algemeen kan worden gesteld dat de voorgestelde regels een welkome aanvulling vormen op de twee contractenrechtelijke richtlijnen, in het bijzonder waar het schadevergoedingsvorderingen op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid betreft. Harmonisatie van regels over productaansprakelijkheid maakt het voor consumenten eenvoudiger om in geval van schade in de vorm van letsel of overlijden, of beperkt ook zaakschade, verhaal te kunnen halen op een verantwoordelijke partij. Hoewel het effectueren van schadevergoedingsacties ook in het consumentencontractenrecht van belang is, doet zich daar minder snel het geval voor dat een verkoper of handelaar buiten de eigen landsgrenzen gevestigd is of anderszins lastig te traceren. De afwezigheid van geharmoniseerde regelgeving doet zich dan ook minder voelen, zeker nu ook andere remedies beschikbaar zijn die veelal eenvoudiger in de toepassing zijn, zoals een verzoek om herstel of vervanging.

4.1. De bestaande regels voor productaansprakelijkheid en de toepasselijkheid op software

De bestaande Richtlijn productaansprakelijkheid stamt uit 1985. Daarin wordt 'product' opgevat als een roerend goed.⁹⁵ De huidige regels voor productaansprakelijkheid zijn in Nederland neergelegd in artikel 6:185 e.v. BW en in België in een afzonderlijke Wet Productaansprakelijkheid.⁹⁶ Het gaat om een risicoaansprakelijkheid van de producent. In de hoedanigheid van producent is die aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een gebrek in diens product. Anders dan in de Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud, gaat het dus niet over een goed dat een gebrek aan conformiteit met de overeenkomst vertoont, maar wel over een goed dat een gebrek vertoont in de zin dat het onveilig is en schade veroorzaakt. Op de principiële aansprakelijkheid bestaan verscheidene uitzonderingen.⁹⁷ Een voorbeeld is

het geval waarin de producent het product niet in het verkeer heeft gebracht.

De verhouding tussen de regels over productaansprakelijkheid en de remedies voor non-conformiteit is overgelaten aan nationaal recht. In het Nederlandse recht wordt ingevolge artikel 7:24 lid 2 BW bij samenloop aansprakelijkheid in beginsel 'gekanaliseerd' naar de producent. Dit is anders (a) wanneer de verkoper het gebrek kende of behoorde te kennen, (b) wanneer de verkoper de afwezigheid van het gebrek heeft toegezegd of (c) indien het gaat om zaakschade waar op basis van de regels voor productaansprakelijkheid geen aansprakelijkheid bestaat gelet op de franchise van € 500. Een dergelijke beperking geldt ook voor digitale inhoud en digitale diensten. Voor het Nederlandse recht is, zoals hiervoor reeds aan bod kwam in par. 3, in artikel 7:50a BW opgenomen dat wanneer de handelaar jegens de consument aansprakelijk is wegens verzuim om de digitale inhoud of digitale dienst te leveren of wegens een gebrek dat voortvloeit uit een handelen of nalaten van een persoon in een eerdere schakel van de transactieketen de artikelen 7:24 en 7:25 BW van overeenkomstige toepassing zijn. Wassink en Loos hebben in het licht van het Europese voorstel voor aanpassing van de Richtlijn productaansprakelijkheid (infra par. 4.2) voor het Nederlandse recht opgeroepen deze inperking van de wanprestatievordering bij zowel consumentenkoop (artikel 7:24 lid 2 BW) als digitale inhoud en digitale diensten (artikel 7:50a BW) te schrappen. Door deze regeling hebben detailhandelaren tegenover consumenten namelijk meer bescherming dan wanneer ze tegenover een professionele koper staan. Die auteurs zien niet in waarom dit zo zou moeten zijn.⁹⁸

De huidige regels over productaansprakelijkheid zien op roerende goederen. De vraag is of ook ruimte is voor toepassing van deze regels op goederen met digitale onderdelen (embedded software). Embedded software wordt in de meeste literatuur opgevat als product,⁹⁹ maar minder duidelijkheid bestaat bij 'standalone software'.¹⁰⁰ De Europese Commissie heeft in 2020 aangegeven dat software in veel soorten en vormen bestaat en dat daardoor niet altijd eenvoudig kan worden aangegeven of software als dienst of als product wordt opgevat.¹⁰¹ Het Hof van Justitie heeft in ieder geval niet geoordeeld dat software als product kan worden gekwalificeerd.¹⁰²

94. Art. 1649*sexies* en 1701/16 oud BW (BE).

95. Art. 2 Richtlijn 85/374/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken. Zie ook Asser/Sieburgh 6-IV 2019/626.

96. Wet (BE) 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, *BS* 22 maart 1991.

97. Zie art. 6:185 lid 1 onder a-f BW (NL).

98. J. Wassink & M.B.M. Loos, 'Productaansprakelijkheid in het digitale tijdperk', *NtER* 2023, afl. 1/2, p. 7.

99. Zie ook hierover: P.W.J. Verbruggen & P.T.J. Wolters, 'Consument en cybersecurity', *TvC* 2017, afl. 1, p. 27.

100. G.M. Veldt, 'Het productbegrip bij productaansprakelijkheid aan de hand van drie arresten', *TVP* 2022, afl. 1, p. 30.

101. Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de gevolgen van kunstmatige intelligentie, het internet der dingen en robotica op het gebied van veiligheid en aansprakelijkheid (COM(2020)64 final), p. 16. Te raadplegen via: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0064 (laatst geraadpleegd op 3 oktober 2023).

102. Verbruggen & Wolters 2017 (supra noot 99), p. 27 en de verwijzingen in voetnoot 67.

4.2. *Software in de nieuwe Richtlijnvoorstellen over productaansprakelijkheid*

Op 28 september 2022 zijn twee nieuwe richtlijnvoorstellen gepubliceerd: een op het terrein van aansprakelijkheid voor producten met gebreken¹⁰³ en een aanpassing van de regels inzake niet-contractuele civielrechtelijke aansprakelijkheid aan artificiële intelligentie.¹⁰⁴

In het voorstel voor een richtlijn inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken wordt in het belang van de rechtszekerheid toegevoegd dat software voor de toepassing van risicoaansprakelijkheid een product is. Het maakt daarbij niet uit wat de wijze van levering of gebruik is. Wel wordt gesteld dat de broncode van software geen product is, omdat de code enkel bestaat uit informatie.¹⁰⁵ Dat software onder de definitie ‘product’ valt, is expliciet opgenomen in artikel 4 lid 1 van het richtlijnvoorstel. In aanvulling op deze bepaling wordt in het voorstel ook de categorie van ‘gebreken’ die leiden tot aansprakelijkheid uitgebreid. Bij de omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot het vaststellen van een gebrek in het product zijn onder andere de productveiligheidsvoorschriften relevant, met inbegrip van cyberbeveiligingsvoorschriften.¹⁰⁶

Met het voorstel voor een aangepaste Richtlijn productaansprakelijkheid wordt de regelgeving uit 1985 gemoderniseerd en doorgetrokken naar producten voortgebracht door digitale technologieën.¹⁰⁷ Eveneens onderdeel van deze moderniseringsslag is een richtlijnvoorstel betreffende de niet-contractuele civielrechtelijke aansprakelijkheid bij toepassingen van artificiële intelligentie (AI).¹⁰⁸ Een voorbeeld van een AI-toepassing is een gezondheidsapp voor smartphones. Overigens beperkt het voorstel voor een AI-richtlijn zich tot AI-systemen die zelf, zonder tussenkomst van een menselijke actor, tot schade kunnen leiden. AI-adviesystemen, die bijvoorbeeld worden toegepast voor diagnostiek in de medische zorg, vallen buiten het bereik van het voorstel. Daarop is kritiek geuit, omdat patiënten op deze wijze bescherming mislopen.¹⁰⁹

Bij schade veroorzaakt door software of AI-toepassingen kan het lastig zijn om vast te stellen wie aansprakelijk kan worden gehouden, bijvoorbeeld omdat causaal verband niet eenvoudig kan worden toegerekend aan een partij. Was de ‘fout’ die leidde tot schade een gevolg van een gebrekkig design van de AI-toepassing?¹¹⁰ Om problemen met het vaststellen van causaal verband voor

de praktijk deels op te lossen zijn in de richtlijnvoorstellen onder meer regels opgenomen over bewijsvermoedens en de openbaarmaking van bewijsmateriaal.¹¹¹ Onderdeel daarvan is dat lidstaten worden verplicht ervoor te zorgen dat nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn om bewijs te openbaren in geval van een specifiek AI-systeem met een hoog risico waarvan wordt vermoed dat het schade heeft veroorzaakt of dat daadwerkelijk schade heeft veroorzaakt. De eiser kan een vordering tot schadevergoeding instellen.¹¹²

4.3. *Software: de verhouding tussen de regels over productaansprakelijkheid en de regels uit de Richtlijnen consumentenkoop en digitale inhoud*

Bij gebreken in de werking van software kan samenloop ontstaan tussen de regeling omtrent non-conformiteit onder de Richtlijn consumentenkoop of digitale inhoud enerzijds en de voorgestelde richtlijnen inzake productaansprakelijkheid en AI anderzijds. Software kan niet goed werken of leiden tot veiligheidsgebreken. In beide gevallen is mogelijk sprake van een conformiteitsgebrek, maar indien schade ontstaat aan de persoon of zaakschade die vergoedbaar is onder de betreffende regels mogelijk ook van productaansprakelijkheid. Daarbij kan gedacht worden aan gebrekkige software die schade veroorzaakt aan de hardware waarop het is geïnstalleerd (mits de software niet als component van dat product wordt gekwalificeerd) of gebrekkige software in medische apparatuur waardoor een patiënt letsel oploopt.¹¹³ Eveneens kan gedacht worden aan schade ontstaan door AI-toepassingen.¹¹⁴

Voor wat betreft de Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn digitale inhoud is het toepassingsbereik zodanig afgestemd dat ‘goederen met digitale elementen’ onder de koopregeling vallen en digitale inhoud geleverd op een zaak die slechts een drager is, zoals een dvd of een cd-rom, onder de regels inzake digitale inhoud (zie supra par. 2.1). De conformiteitsregels omvatten voor beide richtlijnen ook (beveiligings)updates (par. 2.2 supra). Daarmee is gegeven dat een softwaregebrek non-conformiteit kan opleveren en dat consumenten in dergelijke gevallen toegang hebben tot de in de richtlijnen opgenomen remedies. Ze kunnen deze inroepen jegens de verkoper of handelaar.

Ter vergelijking: de regels uit de voorstellen van september 2022 over productaansprakelijkheid bieden een grondslag voor het vorderen van schadevergoeding. Het gaat hier om de verhouding tussen de producent van de

103. Voorstel voor een Richtlijn inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, 28 september 2022, COM(2022)495 final. Zie uitgebreid hierover: Wassink & Loos 2023 (supra noot 98), p. 1-9.

104. Voorstel voor een Richtlijn betreffende de aanpassing van de regels inzake niet-contractuele civielrechtelijke aansprakelijkheid aan artificiële intelligentie (AI), Brussel, 28 september 2022, COM(2022)496 final.

105. Overweging 12, Voorstel Richtlijn productaansprakelijkheid, COM(2022)495 final.

106. Art. 6 lid 1 onder f Voorstel Richtlijn productaansprakelijkheid, COM(2022)495 final.

107. C.J.J.M. Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, afd. 3 Boek 6 BW, aant. 1.2.3.

108. Brussel, 28 september 2022, COM(2022)496 final.

109. Vgl. J.H. van Staalduinen, in L.A.B.M. Wijntjens e.a., ‘Hoever reikt de persoonlijke aansprakelijkheid?’, *NTBR* 2023/37, p. 341.

110. Voorstel AI-Richtlijn, COM(2022)496 final, p. 1. Zie ook overweging 17.

111. Art. 7 en 8 Voorstel Richtlijn productaansprakelijkheid, COM(2022)495 final; art. 3 en 4 Voorstel AI-Richtlijn, COM(2022)496 final.

112. Art. 3 lid 1 Voorstel AI-Richtlijn, COM(2022)496 final.

113. Vgl. art. 4 onder 6 Voorstel Richtlijn productaansprakelijkheid, COM(2022)495 final.

114. Art. 2 lid 5 Voorstel AI-Richtlijn, COM(2022)496 final.

software en een natuurlijk persoon, dat wil zeggen een consument. Door het verschil in toepassingsbereik met betrekking tot de aansprakelijke actoren (verkoper c.q. handelaar dan wel producent), grondslag (contractuele dan wel niet-contractuele aansprakelijkheid) en remedie (schadevergoeding is niet geharmoniseerd door de Richtlijnen consumentenkoop en digitale inhoud) kunnen de regels uit de richtlijnvoorstellen productaansprakelijkheid een belangrijke aanvulling bieden voor de consument die nadeel ondervindt van gebrekkige software of AI.

5. Consumentencontracten en de AVG

Keren wij terug naar de implementatie van de twee richtlijnen op het gebied van het consumentencontractenrecht, dan geldt dat deze niet alleen om afwegingen tussen Europees en nationaal recht draait, maar ook anderszins debatten op gang brengt. Zo heeft de implementatie van nieuwe regels van consumentencontractenrecht aanleiding gegeven tot een herbezinning op de verhouding tussen het contractenrecht en andere rechtsgebieden, in het bijzonder het gegevensbeschermingsrecht. De implementatie van de Richtlijn digitale inhoud heeft ertoe geleid dat het verstrekken van persoonsgegevens in ruil voor een digitaal product of een digitale dienst wordt gekwalificeerd als overeenkomst of daarmee wordt gelijkgesteld.¹¹⁵ Daarmee beoogt de Europese wetgever recht te doen aan de positie van consumenten die ‘gratis’ digitale inhoud verkrijgen, maar in wezen toch een prijs betalen in de vorm van het verstrekken van persoonsgegevens aan de handelaar. In digitale markten zijn die gegevens voor handelaren veelal essentieel voor het bedrijfsmodel dat zij hanteren, waarin ‘targeted advertising’ gebaseerd op de voorkeuren van consumenten leidt tot inkomsten voor handelaren.¹¹⁶

De interactie tussen contractenrecht en gegevensbescherming blijft echter ingewikkeld. Op het eerste gezicht lijkt de verwerkingsgrondslag ‘toestemming’ uit artikel 6 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) samen te vallen met de aanvaarding van een aanbod in het overeenkomstenrecht. Hoewel de twee handelingen feitelijk vaak samenvallen, moeten ze als rechtsgronden echter worden onderscheiden. Het gaat om twee verschillende handelingen met zelfstandige rechtsgevolgen.¹¹⁷ Toestemming van de betrokkene geeft de verwerker het recht om persoonsgegevens te verwerken voor een of meer specifieke doeleinden (artikel 6 lid 1 onder a AVG). Aanvaarding van een aanbod roept een overeenkomst in het leven, met de rechtsgevolgen die de wet daaraan verbindt voor wat betreft uitleg en handhaving.¹¹⁸

Wellicht nog belangrijker in de uitwerking is dat de gevolgen van het intrekken van toestemming onder het AVG-regime en ongedaanmaking in het overeenkomstenrecht ook moeten worden onderscheiden. Het intrekken van toestemming voor gegevensverwerking heeft tot gevolg dat de verwerker zijn verwerkingsactiviteiten moet staken. De intrekking laat de rechtmatigheid van de verwerking op basis van de toestemming vóór de intrekking daarvan onverlet (artikel 7 lid 3 AVG). Vernietiging van een beding of van de gehele overeenkomst heeft tot gevolg dat het betreffende beding of de gehele contractuele rechtsverhouding tussen partijen met terugwerkende kracht wordt geacht niet te hebben bestaan (vgl. artikel 3:53 (Nederlands) BW). Welk gevolg de vernietiging heeft voor gegevensverwerking is niet eenvoudig te zeggen. Het is in elk geval onjuist te zeggen dat toestemming contractenrechtelijk kan worden vernietigd; al zou het wel kunnen dat de vernietiging van een beding of van een overeenkomst moet worden geïnterpreteerd als het intrekken van de toestemming van de betrokkene onder de AVG.¹¹⁹ De gevolgen van het met terugwerkende kracht wegvallen van een beding of van de gehele overeenkomst lijken echter wel ten dele te worden ondervangen. Hoewel het bij gegevensverwerking vaak niet mogelijk is om de gevolgen van de overeenkomst ongedaan te maken, omdat de gegevens al verwerkt zijn, geeft de wet aan de benadeelde partij een aantal economische rechten ter compensatie. Zo kan de rechter onder het Nederlandse recht onder omstandigheden aan de vernietiging geheel of ten dele de werking ontzeggen (artikel 3:53 lid 2 BW). De partij die door deze oplossing wordt bevoordeeld – in geval van consumentenovereenkomsten de handelaar die gegevens heeft verwerkt en mogelijk doorverkocht – kan worden verplicht een vergoeding aan de andere partij te betalen. Artikel 6:230 BW geeft als alternatief een wijzigingsbevoegdheid aan de rechter op grond waarvan hij kan besluiten de overeenkomst in stand te laten indien de handelaar het door de consument geleden nadeel opheft. Dat alternatief is in het bijzonder van belang indien de schade lastig begroot kan worden, wat bij gegevensverwerking een bekend probleem is. De rechter heeft dan de ruimte om bijvoorbeeld een korting toe te passen (dus prijsvermindering) of de consument ter compensatie van het nadeel toegang te geven tot extra digitale inhoud of digitale diensten.¹²⁰

Hoe het consumentencontract en de AVG aan elkaar moeten worden verbonden, blijft in het licht van deze verschillen een open vraag. De gedachte om specifieke vormen van toestemming voor gegevensverwerking nader te specificeren in het contractenrecht biedt niettemin mogelijkheden voor het ontwikkelen van een beter passend kader voor verbinding van de twee rechtsgebieden.

115. Zie supra, par. 2.1.

116. B. Lubomirov, ‘Persoonsgegevens betalen de rekening’, *WPNR* 2018, afl. 7181.

117. Vgl. A. Berlee & D.J.B. Op Heij, ‘Het consumentenrecht en het gegevensbeschermingsrecht. Waar het complementeert en waar het schuurt’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Vooruitgedenkenboek Burgerlijk Wetboek 1992-2022*, Den Haag: Boom juridisch 2023, hoofdstuk 6, p. 107.

118. Art. 6:217 lid 1 jo. art. 6:213 BW (NL); art. 5:69 en 5:70 BW (BE); vgl. (opgeheven) art. 1134 oud BW (BE).

119. Berlee & Op Heij 2023 (supra noot 117), p. 107.

120. Vgl. D.J.B. Op Heij, *De overeenkomst over digitale inhoud in een B2C-rechtsverhouding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 62.

den.¹²¹ Voor aansluiting bij het (Nederlands) BW lijkt de meest passende oplossing om gegevensbescherming te integreren in de bescherming tegen oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden.¹²²

Op dit moment zijn bedingen met betrekking tot het verwerken van persoonsgegevens in Nederland niet opgenomen in de zwarte lijst (het beding is onredelijk bezwarend) of grijze lijst (het beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn) met oneerlijke bedingen.¹²³ Ook in België is er niets soortgelijks te vinden in de zwarte lijst met oneerlijke (onrechtmatige) bedingen in consumentencontracten.¹²⁴ Een grijze lijst kent het Belgische consumentenrecht niet. Het zou de consumentenbescherming ten aanzien van gegevens versterken wanneer die lijsten zouden worden aangevuld met verboden bedingen over de verwerking van persoonsgegevens. Dit zou met name de bewijspositie van de consument versterken in gevallen waar toestemming wordt gegeven en het verbod op oneerlijke bedingen van toepassing is.

6. Afwijkende bepalingen voor levende dieren

Deze paragraaf gaat over een laatste onderwerp voortvloeiend uit de richtlijnen, namelijk de bewijslasttermijn bij dieren waarover veel discussie is geweest in Nederland en België. In artikel 11 Richtlijn 2019/771 is opgenomen dat elk conformiteitsgebrek dat binnen een jaar vanaf de levering van de goederen aan het licht komt, wordt geacht ten tijde van de levering reeds te hebben bestaan, tenzij anders wordt aangetoond of tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van de goederen of met de aard van het conformiteitsgebrek. Op basis van artikel 3 lid 5 onder b Richtlijn 2019/771 mogen lidstaten overeenkomsten ten aanzien van 'levende dieren' uitsluiten van de werkingssfeer van de richtlijn. In de Nederlandse memorie van toelichting werd (in eerste instantie) opgemerkt dat het kabinet geen gebruik maakt van deze mogelijkheid. Er werd toegelicht dat de Richtlijn verkoop goederen een hoog niveau van consumentenbescherming borgt. Een jaar bewijslastomkering zou niet tot substantieel grotere lasten leiden in de huisdierenbranche. Daarnaast werd toegelicht dat de meest voorkomende problemen bij veel verkochte huisdieren

zich in de regel vaak niet voordien in de periode van zes tot twaalf maanden.¹²⁵

De Nederlandse huisdierenbranche was het hier niet mee eens en wenste wel dieren uit te zonderen van de werkingssfeer van de richtlijn.¹²⁶ In een voorstel voor wet (Aanpassingswet bewijslasttermijn consumentenkoop levende dieren) wordt dan ook voorgesteld lid 2 van artikel 7:18a BW als volgt aan te vullen: 'In afwijking van lid 2 wordt, voor zover het een consumentenkoop betreft van een levend dier, vermoed dat dit bij aflevering niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien de afwijking van hetgeen is overeengekomen zich binnen zes maanden na aflevering openbaart, tenzij de verkoper anders aantoonst of de aard van het dier of de aard van de afwijking zich daartegen verzet.' Daarmee wordt tegemoetgekomen aan het bezwaar dat een omkering van de bewijslast van een jaar te belastend zou zijn voor verkopers van levende dieren.¹²⁷ Met een termijn van zes maanden wordt een goede balans behouden tussen enerzijds de bescherming van de consument en anderzijds verplichtingen voor verkopers.¹²⁸ De Nederlandse Minister voor Rechtsbescherming licht toe dat een levend dier vanuit het belang van dierenwelzijn niet een-op-een kan worden vergeleken met de aanschaf van levenloze goederen. De aankoop van een levend dier brengt een bijzondere verantwoordelijkheid mee voor de koper.¹²⁹ Na de koop ontstaat een actieve verantwoordelijkheid bij de koper om bijzondere zorg te verlenen aan het dier waar de verkoper geen invloed op heeft.¹³⁰ Voor het Nederlandse recht is de laatste stand van zaken dat in februari 2023 is opgeroepen het Nederlandse wetsvoorstel spoedig te behandelen.¹³¹ Nu het kabinet intussen is gevallen en de verkiezingen ten tijde van het schrijven van dit stuk nog moeten plaatsvinden, is de verwachting dat dit onderwerp nog even op de plank zal blijven liggen.

De Belgische wetgever heeft er bij de richtlijnimplementatie voor gekozen om de verkoop van levende dieren uitdrukkelijk aan het toepassingsgebied van de consumentenkoopregels te onttrekken.¹³² In afwachting van een afzonderlijke wet, betekende dit dat de oude lezing van de consumentenkoopregels uit het oud Burgerlijk Wetboek van toepassing bleef op overeenkomsten tot de verkoop van dieren gesloten op of na 1 juni 2022.¹³³ Op

121. Vgl. Berlee & Op Heij 2023 (supra noot 117), p. 109. Terughoudender vanuit AVG-perspectief: V. Mak & G.J. Zwenne, *Onderzoek over betalen met persoonsgegevens en consumentenbescherming*, 2021, p. 15-18. Te raadplegen via documenten.nl/documenten/rapporten/2022/11/18/bijlage-betalen-met-persoonsgegevens-en-consumentenbescherming (laatst geraadpleegd op 3 oktober 2023).

122. Mak & Zwenne 2021 (supra noot 121), p. 10-11. Vgl. Berlee & Op Heij 2023 (supra noot 117), p. 107.

123. S. van Gulijk & D.J.B. Op Heij, 'Oneigenlijk gebruik van data: een verkenning van privaatrechtelijke oplossingen', *WPNR* 2016, afl. 7110, p. 453.

124. Zie art. VI.83 WER.

125. *Kamerstukken II* 2020/21, 35734, nr. 3, p. 9.

126. Zie daarover M.B.M. Loos, 'De (voorgestelde) omzetting van de Richtlijnen verkoop goederen en digitale inhoud', *TvC* 2021, afl. 4, p. 221 en de verwijzingen aldaar.

127. rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/07/06/uitzondering-bewijslasttermijn-voor-koop-levende-dieren (laatst geraadpleegd op 3 oktober 2023).

128. Memorie van Toelichting Aanpassingswet bewijslasttermijn consumentenkoop levende dieren, via open.overheid.nl/documenten/ronl-635c67583a120e935c63a639ed694443d3dc7f3e/pdf, p. 2 (laatst geraadpleegd op 3 oktober 2023).

129. *Kamerstukken II* 2022/23, 36163, nr. 7, p. 4.

130. *Kamerstukken II* 2022/23, 36163, nr. 7, p. 5.

131. *Kamerstukken II* 2022/23, 36163, nr. 8.

132. Art. 1649bis, § 3, 4° oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 3 Belgische implementatiewet.

133. Art. 23 Belgische implementatiewet.

overeenkomsten gesloten na de inwerkingtreding van de afzonderlijke wet zullen nieuwe, specifieke regels van toepassing zijn.¹³⁴ Met die regels heeft de wetgever de bedoeling om niet alleen rekening te houden met de belangen van de consument en de belangen van de verkoper, maar ook met 'de rechtszekerheid en de fysieke en mentale gezondheid van het dier'.¹³⁵ Tussen de regels door lijkt de wetgever zich bovendien ook tot doel te hebben gesteld om malafide 'broedfokkers' te sanctioneren.¹³⁶

De specifieke Belgische wetgeving op de verkoop van levende dieren door professionele verkopers aan consumenten zal volledig zijn geënt op de consumentenkoopregels. De *specialis*-bepalingen zullen dan ook keurig worden ingevlochten in de pas gewijzigde artikelen 1649bis e.v. oud BW, die vanaf de inwerkingtreding bijgevolg wel integraal van toepassing zullen zijn op dieren. Voor dieren worden de subjectieve en objectieve conformiteitsvereisten verder gespecificeerd. De wet zal verduidelijken dat de leeftijd, het geslacht, het ras en de herkomst van het dier deel uitmaken van de voornaamste kenmerken, dat de consument gerechtigd is te verwachten dat het dier geen infectieziektes of aangeboren afwijkingen heeft en dat het de vereiste vaccinaties heeft gekregen, alsook dat de verkoper op straffe van aansprakelijkheid minstens ook instructies over vaccinaties, voeding, verzorging en leefruimte moet verschaffen.¹³⁷ De belangrijkste afwijkingen zijn evenwel te vinden in de termijnen en de remedies voor aansprakelijkheid.

Er zijn drie termijnen die verschillen ten opzichte van de algemene consumentenkoopregels: de garantietermijn, de kennisgevingstermijn en de omkering van de bewijslast. De duur van de wettelijke garantietermijn wordt ten eerste in beginsel gereduceerd tot één jaar. Een amendement¹³⁸ voegde daaraan evenwel toe dat de termijn alsnog twee jaar bedraagt voor zover de verkoper niet de wettelijk vereiste erkennings-, vergunnings-, quarantaine- of kwekerijvoorwaarden heeft gerespecteerd.¹³⁹ Bovendien bevestigt de memorie van toelichting

dat de consument na afloop van die termijn van één of twee jaar nog steeds kan teruggrijpen naar het gemeenschappelijke leerstuk van de verborgen gebreken.¹⁴⁰ Ten tweede preciseert de wet dat de consument de verkoper niet binnen twee maanden maar wel 'onverwijld' in kennis moet stellen van een conformiteitsgebrek dat zich op 'voldoende duidelijke wijze' heeft gemanifesteerd,¹⁴¹ met name door zichtbare signalen van pijn of klachten. Deze termijnverkortung heeft tot doel om bijkomende en blijvende schade te vermijden en in het bijzonder om de gezondheid van het dier te verzekeren.¹⁴² De kennisgeving gebeurt vormvrij maar de bewijslast rust op de consument. Voldoet de consument niet aan die verstrengde kennisgevingsplicht of brengt de consument het dier niet naar de verkoper of een dierenarts, dan is de verkoper niet aansprakelijk voor de verergering van de schade die daaruit voortvloeit.¹⁴³ Om de besognes rond het bewijs van de oorzaak van het gebrek te verzoenen,¹⁴⁴ zal er voor dieren ten derde ook een afwijking gelden wat de weerlegbare omkering van de bewijslast betreft. De termijn van die omkering werd vastgelegd op één jaar in de plaats van twee jaar, ongeacht of het gaat om een malafide verkoper.¹⁴⁵

Het gewoonlijke stelsel van remedies zal voorts in beginsel ook van toepassing blijven op dieren, maar met een aantal belangrijke verschillen. Zo komt er binnen de primaire remedies een extra grond voor de verkoper om de herstelling als remedie te weigeren, met name als dit manifest in strijd is met de gezondheid van het dier.¹⁴⁶ Kiest de consument voor de vervanging van het dier, dan zal de wet voorts bepalen dat die vervanging een nieuwe overeenkomst doet ontstaan waardoor de consumentenkoopregels opnieuw van toepassing zijn en de klok voor de termijnen terug op nul staat.¹⁴⁷ Verder wordt verduidelijkt dat vervanging en herstel zonder enige overlast voor de consument of het dier moeten gebeuren en dat de verkoper desgevallend zo snel mogelijk moet handelen om het dier te genezen.¹⁴⁸ Is het dier overleden ten gevolge van het gebrek, dan gelden er bijzondere bepalingen. De consument kan dan een onafhankelijk

134. Art. 9 wet tot wijziging van het oud Burgerlijk Wetboek wat de verkopen van levende dieren aan consumenten betreft, nog niet gepubliceerd in het BS (Belgische Dierenkoopwet). Bij de afwerking van deze bijdrage was de wet nog niet plenair aangenomen, zodat er wordt uitgegaan van de bepalingen aangenomen in eerste lezing; zie Artikelen aangenomen in tweede lezing (Commissie voor economie, Consumentenbescherming en Digitale Agenda) van het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het oud Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de verkopen aan consumenten, hernoemd naar het wetsontwerp tot wijziging van het oud Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de verkopen aan consumenten, *Parl.St. Kamer (BE) 2022-23*, nr. 55K3330/9.

135. MvT bij het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het oud Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de verkopen aan consumenten, *Parl.St. Kamer (BE) 2022-23*, nr. 55K3330/1, (4) (MvT Belgische Dierenkoopwet) 5.

136. Zie o.m. amendement nr. 6 (K. Verhelst e.a.) bij het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het oud Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de verkopen aan consumenten, *Parl.St. Kamer (BE) 2022-23*, nr. 55K3330/4, (2) 2-3.

137. Zie art. 1649ter oud BW (BE), zoals gewijzigd en aangevuld door art. 3 Belgische Dierenkoopwet.

138. Amendement nr. 6 (K. Verhelst e.a.) bij het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het oud Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de verkopen aan consumenten, *Parl.St. Kamer (BE) 2022-23*, nr. 55K3330/4, (2) 2.

139. Art. 1649quater, § 1, eerste lid, tweede zin oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 4 Belgische Dierenkoopwet.

140. MvT Belgische Dierenkoopwet, 8.

141. Art. 1649quater, § 2, tweede lid oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 4 Belgische Dierenkoopwet.

142. MvT Belgische Dierenkoopwet, 9.

143. Art. 1649quinquies, § 1, derde lid oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

144. MvT Belgische Dierenkoopwet, 9.

145. Art. 1649quater, § 4, tweede lid oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 4 Belgische Dierenkoopwet.

146. Art. 1649quinquies, § 2, tweede lid oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

147. Art. 1649quinquies, § 3/1, negende lid oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

148. Art. 1649quinquies, § 3/1 oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

ke autopsie laten uitvoeren om het causaal verband te bepalen, desgevallend op kosten van de verkoper.¹⁴⁹ De consument kan dan bovendien vrij kiezen voor prijsvermindering of ontbinding in de plaats van vervanging¹⁵⁰ en er is geen teruggaveplicht.¹⁵¹

De wet zal tot slot gedetailleerde regels bevatten in verband met ‘genezing’, gedefinieerd als ‘een vorm van herstelling die de tussenkomst van een dierenarts vergt’.¹⁵² Genezing moet in beginsel kosteloos gebeuren. Is een verkoper te kwader trouw of heeft de verkoper de voormelde wettelijk vereiste voorwaarden niet gerespecteerd, dan zal die onbeperkt aansprakelijk zijn voor de medische kosten om het dier te genezen.¹⁵³ Voor bonafide verkopers wilde de wetgever evenwel niet zo ver gaan. Om hen te beschermen tegen disproportionele vorderingen,¹⁵⁴ zal hun aansprakelijkheid dan ook worden beperkt tot een maximumbedrag (*cap*) waarvan het bedrag in schijven op de aankoop prijs wordt berekend,¹⁵⁵ per gebrek en per dier.¹⁵⁶ In geval van een prijs van € 400 is de verkoper bijvoorbeeld aansprakelijk voor herstelling tot € 1200. Gaat het om een dier van € 2000, dan ligt de *cap* op € 4000. Is de werkelijke kostprijs hoger, dan hoeft de verkoper de meerkosten niet te dragen. De consument heeft in zo’n geval evenwel het recht om herstel of vervanging te weigeren en om te kiezen voor prijsvermindering of ontbinding.¹⁵⁷ De wet zal tot slot ook vereisen dat de verkoper de consument zowel precontractueel als bij de inroeping van de remedie informeert over die maximumbedragen.¹⁵⁸

7. Conclusies

Onze analyse van de implementatie van de Richtlijnen consumentenkoop en digitale inhoud in Nederland en België toont aan dat het consumentencontractenrecht in beide landen door de Europese invloed sterk op elkaar is gaan lijken. Niettemin bestaan verschillen, doordat de Europese wetgever op een aantal onderdelen keuzeruimte heeft gelaten voor de nationale wetgever. Is dat erg? Op zich niet, verschillen mogen er zijn. Wel betekent het dat de doelstelling van maximumharmonisatie slechts tot op zekere hoogte behaald is. Verkopers en handelaren zullen rekening moeten houden met verschillen in nationale wetgeving en consumenten zullen erop bedacht moeten zijn dat hun rechten over de grens net iets anders kunnen zijn dan thuis. Verder is de regelgeving inhoudelijk zeker nog niet op alle punten voldoende uitgewerkt, in het bijzonder waar het digitale inhoud of digitale diensten betreft. Samenvattend komen wij tot de volgende conclusies.

Als voornaamste resultaat van de richtlijnen geldt dat de bescherming van consumenten voor een groot deel geharmoniseerd is. Consumenten hebben in geval van non-conformiteit van roerende zaken of van digitale inhoud toegang tot een overzichtelijke set van remedies: herstel of vervanging, en in tweede lijn prijsvermindering of ontbinding. De invoering van concrete objectieve en subjectieve conformiteitscriteria betekent daarbij in het bijzonder voor digitale inhoud en digitale diensten een welkome aanvulling op het daarvoor geldende recht. De regels geven aan welke verwachtingen een consument redelijkerwijs van de geleverde producten of diensten mag hebben. Binnen die verwachtingen vallen nu ook uitdrukkelijk het ontvangen van (beveiligings) updates voor digitale elementen of digitale inhoud. Dat is winst voor consumentenbescherming bij digitale producten en diensten. Niettemin kraken wij een kritische noot bij de conformiteitscriteria uit beide richtlijnen. De bescherming van consumenten wordt verzwakt doordat een opening wordt gegeven aan verkopers en handelaren om af te wijken van de objectieve conformiteitscriteria, mits ze de juiste formaliteiten maar in acht nemen. Hopelijk maakt dit van de objectieve criteria geen papieren tijger. Ten tweede geldt voor digitale inhoud dat de ontwikkeling van digitale technologieën zo snel gaat dat het lastig is een duidelijke conformiteitsnorm te formuleren, zonder dat die direct achterhaald is.

Bij de diverse opties die de richtlijnen openlieten voor nationale wetgevers zien wij contrasten in de keuzes die de Belgische en de Nederlandse wetgever hebben gemaakt. Zo gelden uiteenlopende termijnen voor de omkering van de bewijslast en zijn er verschillen in de regeling met betrekking tot de klachtplicht. Belgische en Nederlandse consumenten die online grensoverschrijdend winkelen, Nederlandse consumenten die weleens de grens oversteken om op de Antwerpse Meir of in het mondaine Knokke te shoppen en Belgen die al graag eens door de Kalverstraat of in Haarlem flaneren, zullen daarop bedacht moeten zijn – met die nuance dat ze ingevolge het internationaal privaatrecht al naargelang de omstandigheden wel een beroep kunnen doen op een meer beschermende regel uit hun eigen rechtsstelsel.¹⁵⁹

Onze *tour d’horizon* liet ook verschillen zien bij de mogelijkheden voor regres in de keten en de samenloop van schadevergoedingsvorderingen op grond van non-conformiteit of aansprakelijkheid voor een gebrekkig product. In beide gevallen wordt teruggevallen op het nationale recht voor regeling van regres door de verkoper of handelaar, dan wel kanalisering van aansprakelijkheid

149. Art. 1649*quinquies*, § 8 oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

150. Art. 1649*quinquies*, § 5, eerste lid, 5° oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

151. Art. 1649*quinquies*, § 7 oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

152. Art. 1649*bis*, § 1, 15° oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 2 Belgische Dierenkoopwet.

153. Art. 1649*quinquies*, § 3/1, vierde lid oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

154. MvT Belgische Dierenkoopwet, 11.

155. Art. 1649*quinquies*, § 3/1, tweede lid, 1° oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

156. MvT Belgische Dierenkoopwet, 13.

157. Art. 1649*quinquies*, § 5, eerste lid, 6° oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

158. Art. 1649*quinquies*, § 3/1, derde lid oud BW (BE), zoals ingevoerd door art. 5 Belgische Dierenkoopwet.

159. Art. 6 lid 2 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I-verordening) (*PbEU* 2008, L 177/6).

naar de producent. Bij productaansprakelijkheid staan echter veranderingen op stapel. Twee nieuwe Europese richtlijnvoorstellen beloven regelingen met betrekking tot schade ontstaan door gebrekkige software en AI-toepassingen. Die regelingen kunnen een aanvulling vormen op de remedies bij consumentenkoop en digitale inhoud, nu ze specifiek zien op schadevergoeding – een remedie die nog niet geharmoniseerd is. Daarbij geldt overigens dat de schadevergoedingsactie een buitencontractuele vordering betreft van de consument jegens, *in ultimo*, de producent. Een schadevergoedingsvordering op grond van non-conformiteit blijft beheerst door nationaal recht.

In digitale markten geldt voorts dat de aansluiting van het consumentencontractenrecht op de regels met betrekking tot bescherming van persoonsgegevens nog veel vragen onbeantwoord laat. In tegenstelling tot wat in België het geval is, is hierover in Nederland reeds enig debat geweest. Een mogelijkheid om consumenten in geval van gebrekkige toestemming onder de AVG contractenrechtelijk te beschermen ligt open via de weg van bescherming tegen oneerlijke bedingen. Een vergelijkbare regeling zou ook in het Belgische consumentenrecht kunnen worden ingevoerd.

Tot slot zijn er nog de dieren. Zowel in Nederland als in België heers(t)en discussies over de toepassing van de consumentenkoopregels op levende dieren. Nederland heeft de discussie inmiddels beslecht met een voorstel voor een aangepaste, kortere termijn voor omkering van de bewijslast bij non-conformiteit. Onze verwachting is dat dit voorstel door een nieuw kabinet zal worden aangenomen. De Belgische wetgever maakte werk van een nieuw wettelijk kader waarin er niet alleen afwijkende termijnen spelen maar waar ook onder andere de keuze voor een dierenarts en de maximaal vergoedbare kosten bij genezing uitdrukkelijk worden geregeld. Gezien de gedetailleerde oplossingen die daar voorliggen, zou Nederland op dit punt wellicht nog inspiratie kunnen opdoen bij de zuiderburen.

Al met al laat de analyse van de implementatie van twee belangrijke Europese richtlijnen op het terrein van het consumentencontractenrecht in de Lage Landen zien dat harmonisatie vergaand geslaagd is, indien als maatstaf wordt genomen dat de regels over conformiteit en remedies grotendeels gelijk zijn getrokken. Een minpuntje blijft volgens de auteurs dat de Europese wetgever bij het vormgeven van de nieuwe richtlijnen in 2019 niet de gelegenheid heeft aangegrepen om minstens de volledige harmonisatie van alle termijnen te bewerkstelligen. Dat zou zowel voor handelaren als consumenten duidelijkheid en zekerheid hebben gebracht. De door Nederland gekozen optie – een omgekeerde bewijslast van één jaar zowel voor roerende zaken als voor digitale inhoud en digitale diensten – heeft het voordeel van eenduidigheid. Daartegenover staat dat de Belgische keuze voor een termijn van twee jaar mede was ingegeven door duurzaamheidsoverwegingen bij roerende zaken – een doel dat zeker ook niet uit het oog mag worden verloren. Het is onze hoop dat de voorgestelde regels voor een ‘recht op herstel’ op dat punt een verschil gaan maken.

Behoudens de meer technische aspecten, zoals termijnen, is het haast vanzelfsprekend dat verschillen blijven bestaan tussen nationale rechtssystemen. Zelfs indien het buurlanden betreft waarvan de rechtssystemen ten dele teruggaan tot dezelfde historische basis, geeft nationale cultuur en economische context kleur aan de keuzes die de wetgever maakt in het contractenrecht. Dat betekent ook dat op de punten waar nog verschillen in regelgeving bestaan, de rechtssystemen van elkaar kunnen leren. Een keuze van de buren kan worden bestudeerd en eventueel worden overgenomen; of niet, indien de analyse leert dat de eigen aanpak in de context van het eigen recht prima werkt. En zo blijft in de Brusselse Leopoldswijk de discussie over de harmonisatie van het Europese consumentenrecht nog wel even in beweging. In conclusie is het dan ook niet zozeer de Belgische nationale wapenspreuk ‘*Eendracht maakt macht*’ die het consumentencontractenrecht regeert, maar wel eerder de spreuk van de Europese Unie: ‘*United in diversity*’.