

# Op weg naar een Europese ‘Digital Single Market’

## Twee nieuwe richtlijnvoorstellen voor het Europees contractenrecht

Vanessa Mak<sup>1</sup>

Met twee nieuwe richtlijnvoorstellen maakt de Europese Commissie de eerste stappen richting een ‘Digital Single Market’ voor ondernemers en consumenten in de EU. Digitalisering staat hoog op de agenda van de EU-wetgever en het doel is om in de loop van 2016 een aantal maatregelen uit te werken om het vrij verkeer van digitale goederen en diensten te bevorderen. Deze bijdrage bespreekt de twee nieuwe voorstellen. Na het mislukken van een eerder harmonisatieproject op het gebied van het Europees kooprecht is de vraag: wat is de meerwaarde van de voorgestelde regelgeving en waarom zou deze regelgeving het wél moeten halen?

### 1. Inleiding

Op 9 december 2015 presenteerde de Europese Commissie twee voorstellen voor nieuwe richtlijnen op het gebied van het Europees contractenrecht.<sup>2</sup> De eerste richtlijn beoogt het mislukte project van een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (GEKR) nieuw leven in te blazen,<sup>3</sup> zij het met een sterk ingeperkt bereik. De richtlijn ziet op consumentenovereenkomsten voor online-koop en andere vormen van koop op afstand. De tweede richtlijn begeeft zich op nieuwe paden: het voorstel beoogt een uniforme regeling voor consumentenovereenkomsten tot levering van ‘digitale inhoud’ te bereiken. Beide voorstellen beperken zich daarbij in hoofdzaak tot uniforme bepalingen voor conformiteit en remedies voor non-conformiteit.<sup>4</sup>

De presentatie van twee nieuwe richtlijnvoorstellen lijkt een nieuwe impuls te geven aan de harmonisatiebeweging in het Europees privaatrecht, die sommigen al min of meer hadden afgeschreven. Hans Schulte-Nölke schrijft in een recent artikel dat het Europees privaatrecht, in het bijzonder de wetgeving ter bescherming van consumenten, ‘seems to have reached a dead-end’.<sup>5</sup> Die conclusie lijkt terecht, niet alleen omdat het aantal nieuwe richtlijnen en verordeningen op dit gebied de laatste jaren sterk is afgenomen, maar ook omdat harmonisatie door middel van wetgeving niet goed lijkt aan te sluiten bij de markten die de Europese wetgever middels het privaatrecht tracht te reguleren.<sup>6</sup> Andere vormen van regulering of ‘governance’ – zoals standaardisering van contracten – zijn intussen aan een gestage opmars bezig.<sup>7</sup>

Wat is tegen deze achtergrond de meerwaarde van de nieuw voorgestelde richtlijnen? Ik zal in deze bijdrage nader ingaan op de twee richtlijnvoorstellen, waarbij ik de inhoud van de voorstellen zal bespreken tegen de achtergrond van de grotere vraag of harmonisatie nog wel zinvol is. Ik ben over harmonisatie, net als de hierboven geciteerde auteurs, sceptisch, al zou de balans ten aanzien van de nieuwe voorstellen positief kunnen doorslaan. Het toetsingskader dat ik bij de beoordeling van deze afweging hanteer is tweeledig. Ten eerste zal ik in de inhoudelijke bespreking van de voorstellen een (rechts)vergelijking maken met bestaande regels van EU-recht en van nationaal recht. Ik richt me daarbij op Nederland en bespreek waar relevant voorbeelden uit andere landen, zoals Duitsland, Frankrijk, en het Verenigd Koninkrijk (par. 3). Ten tweede bespreek ik de beperkingen van harmonisatie, en de mogelijke wijzen waarop de twee nieuwe voorstellen toch tot resultaat zouden kunnen leiden (par. 4). Ik begin met een korte beschrijving van de achtergrond en doelstellingen van de twee voorstellen (par. 2).

### 2. De richtlijnvoorstellen en de ‘Digital Single Market’

De twee richtlijnvoorstellen zijn onderdeel van de EU’s ‘Digital Single Market’-agenda. De Digital Single Market (DSM) is een van tien door de EU vastgestelde politieke prioriteiten voor de komende jaren.<sup>8</sup> Het doel is om, in aansluiting op de EU-interne markt voor het vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen, de ‘digitale

markt' te ontsluiten. Wat daarmee precies bedoeld wordt, blijkt uit een speech van EU-voorzitter Jean-Claude Juncker waarin hij een toekomstvisie uiteenzet waarin:

de Europese burgers binnenkort overal in Europa hun mobiele telefoon zonder roamingkosten zullen kunnen gebruiken. Wij kunnen ervoor zorgen dat consumenten overal in Europa, ongeacht de grenzen, op hun elektronische toestellen toegang hebben tot diensten, muziek, films en sportevenementen. Wij kunnen een eerlijk, gelijk speelveld creëren waarop alle bedrijven die hun goederen of diensten in de Europese Unie aanbieden, onderworpen zijn aan dezelfde regels op het gebied van gegevens- en consumentenbescherming, ongeacht de plaats waar hun servers gelokaliseerd zijn.<sup>9</sup>

De DSM-agenda is er dus op gericht om een interne markt te creëren waarin digitale goederen en diensten vrij kunnen worden verhandeld en afgenomen door bedrijven en consumenten in de EU. De potentiële baten van een DSM worden door de Europese Commissie geschat op een groei van het bbp van de Unie met € 415 miljard.<sup>10</sup>

In dit bredere plaatje vormen de twee richtlijnvoorstellen een onderdeel van zestien concrete maatregelen die de EU voor eind 2016 wil hebben voltooid, elk verbonden aan een van de drie pijlers waarop de DSM rust. Die drie pijlers zijn:<sup>11</sup> 1. betere toegang tot online-goederen en -diensten voor consumenten en bedrijven in heel Europa; 2. randvoorwaarden die bevorderlijk zijn voor digitale netwerken en diensten (o.a. infrastructuur, telecommunicatie, en eerlijke concurrentie); en 3. maximaal groeipotentieel voor de Europese digitale economie (o.a. investeringen in technologie zoals cloudcomputing en big data, inclusiviteit en vaardigheden).

De twee voorgestelde richtlijnen voor het Europees contractenrecht vallen onder pijler 1. Zij zijn er, zoals veel regelgeving in het Europees privaatrecht, op gericht om verschillen in regelgeving tussen de EU-lidstaten (zoveel mogelijk) weg te nemen. Door het wegnemen van juridische verschillen, zo is de gedachte, worden voor bedrijven en consumenten mogelijke barrières voor grensoverschrijdende handel in goederen en diensten in de EU opgeheven (conform artikel 114 VWEU). Een eenvormig Europees

contractenrecht kan op die manier bijdragen aan de markttoegang voor bedrijven en consumenten. Bovendien kan door middel van EU-recht een uniform, en hoog niveau van consumentenbescherming in alle lidstaten worden nagestreefd (artikel 114 en 169 VWEU).

## De potentiële baten van een DSM worden door de Europese Commissie geschat op een groei van het bbp van de Unie met € 415 miljard

De effectiviteit van deze benadering kan 'in Frage gesteld' worden, een punt waarop ik terug kom in par. 4. Niettemin is het zeker niet verkeerd dat de EU-wetgever zich richt op de digitale markt. Technologische ontwikkelingen volgen elkaar snel op en het is belangrijk ervoor te zorgen dat gevestigde waarden uit onze samenleving, zoals inclusiviteit en consumentenbescherming,<sup>12</sup> gewaarborgd blijven ook voor diegenen voor wie digitalisering wellicht niet direct te volgen is. De vraag is dan, wat voegen de voorgestelde richtlijnen inhoudelijk toe en hoe verhouden zij zich tot nationaal recht?

### 3. 'A Brave New World' voor het consumentencontractenrecht?<sup>13</sup>

Wie de twee richtlijnvoorstellen bekijkt in vergelijking met bestaande regelgeving, zal één punt onmiddellijk opvallen: hoewel nog weinig tot geen specifieke regels bestaan voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud, bestaan er al zeer veel regels voor consumentenkoopovereenkomsten, ook voor koopovereenkomsten op afstand. Een deel van de regels voor consumentenkoop is zelfs al door middel van Europese richtlijnen geharmoniseerd. Richtlijn 99/44/EG voorziet in regels ten aanzien van non-conformiteit, remedies, en wettelijke garanties bij consumentenkoop.<sup>14</sup> Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten vult die regels voor een klein deel aan – met name ten aanzien van het tijdstip voor levering

#### Auteur

1. Prof. dr. V. Mak is hoogleraar privaatrecht, Universiteit van Tilburg. Email: [vanessa.mak@tilburguniversity.edu](mailto:vanessa.mak@tilburguniversity.edu).

#### Noten

2. Europese Commissie, 'Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen', COM(2015) 635 final. Europese Commissie, 'Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten

voor de levering van digitale inhoud', COM(2015) 634 final.

3. Het voorstel voor een GEKR – COM(2011) 635 final – werd eind 2014 door de Europese Commissie ingetrokken.  
4. Tegelijk met de twee Richtlijnvoorstellen werd een voorstel gepresenteerd voor een Verordening over grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten. Zie COM(2015) 627 final. Dit voorstel blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing.  
5. 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. 137.

6. H.-W. Micklitz, 'The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation', *Yearbook of European Law* 2009, afl. 1, p. 7.  
7. Schulte-Nölke 2015, p. 137.  
8. Zie voor meer details de website van de Europese Commissie: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/digital-single-market> laatst geraadpleegd 16 februari 2016.  
9. Geciteerd in Europese Commissie, 'Strategie voor een digitaal eengemaakte markt voor Europa', COM(2015) 192 final (ver-

der: DSM-strategie 2015), p. 2.

10. DSM-strategie 2015, p. 3.  
11. DSM-strategie 2015, p. 3-4, en 22.  
12. Deze waarden zijn o.a. terug te zien in art. 21 (non-discriminatie) en 38 (consumentenbescherming) van het EU-Handvest van de Grondrechten.  
13. Schulte-Nölke 2015 refereert ook aan Aldous Huxley's dystopische roman uit 1932, die in deze tijden van zeer snel voortschrijdende digitalisering wellicht tot de nodige bezinning uitnodigt.  
14. In Nederland geïmplementeerd in de koopregeling in Boek 7 BW.



en de modaliteiten voor ingebrekestelling – en geeft verder een uitgebreide set van regels voor koop op afstand en voor verkoop buiten een bedrijfsruimte (colportage).<sup>15</sup>

Hoewel de Europese Commissie de twee voorstellen als pakket presenteert, en de voorstellen inhoudelijk sterke overeenkomsten vertonen, ligt het daarom toch in de rede om ze als aparte maatregelen te bekijken. Dat maakt het mogelijk om te ontrafelen op welke punten de richtlijnen aanvullingen bieden op bestaande EU-regelgeving en nationaal recht. Ik bespreek eerst de Richtlijn inzake online-verkoop en daarna de Richtlijn inzake digitale inhoud-overeenkomsten.

### 3.1. Het Richtlijnvoorstel voor online-verkoop van goederen

Het voorstel voor online-verkoop van goederen is in wezen een sterk afgeslankte versie van het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (GEKR). De richtlijn kent slechts 22 artikelen – tegen 186 in het oude GEKR-voorstel – en heeft een aanmerkelijk beperktere reikwijdte. Het ziet alleen op online-verkoop en andere vormen van koop op afstand, niet op koop in een fysieke winkel. Verder zijn de inhoudelijke bepalingen beperkt tot een aantal kernonderwerpen, in het bijzonder non-conformiteit en remedies. Hoewel de richtlijn op een aantal punten meer bescherming biedt dan Richtlijn 99/44/EG, zullen sommige lidstaten de regels – die maximumharmonisatie beogen en daarom niet toelaten dat lidstaten van de richtlijn afwijken (zie artikel 3 van het voorstel) – als een afname van consumentenbescherming beschouwen.<sup>16</sup>

Een inhoudelijke verbetering is dat de richtlijn de

regels voor non-conformiteit en beschikbare remedies van Richtlijn 99/44/EG aanscherpt. Conformiteit van geleverde zaken<sup>17</sup> wordt in het kooprecht beoordeeld aan de hand van de contractueel overeengekomen eigenschappen van de zaak – subjectieve criteria – en van de wettelijk bepaalde eigenschappen die een koper mag verwachten van de zaak – objectieve criteria. Richtlijn 99/44/EG bepaalde o.a. dat goederen aan de door de verkoper gegeven beschrijving moeten voldoen en dat ze geschikt moeten zijn voor het gebruik waartoe zaken van dezelfde soort gewoonlijk dienen. Of zaken ook aan andere bij overeenkomst vastgestelde criteria moesten voldoen, bleef echter onduidelijk. Artikel 4 van het richtlijnvoorstel voor online-verkoop verduidelijkt dat de zaken ‘van de door de overeenkomst voorgeschreven hoeveelheid, kwaliteit en beschrijving’ dienen te zijn en ‘de hoedanigheden en prestatievermogens bezitten die zijn aangegeven in voor het sluiten van de overeenkomst gedane mededelingen die een integrerend deel uitmaken van de overeenkomst.’ Daarboven gelden ingevolge de artikelen 5 en 6 objectieve criteria, zoals het vereiste dat goederen geschikt dienen te zijn ‘voor ieder gebruik waarvoor goederen van dezelfde omschrijving gewoonlijk dienen’ (artikel 5 sub a).

Een punt van verbetering van consumentenbescherming is voorts dat ontbinding, in afwijking van artikel 3 lid 6 van Richtlijn 99/44/EG, ook mogelijk zou worden voor gevallen waarin de tekortkoming in de nakoming gering is. Sommige lidstaten kenden al een gunstiger regeling voor consumenten, zoals het Verenigd Koninkrijk. Voor Nederland en Duitsland zou het wel een verandering betekenen: artikel 7:22 lid 1 sub a BW en § 323 lid

5 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) sluiten momenteel ontbinding uit voor gevallen waarin de niet-nakoming van geringe betekenis is. De bepaling wijkt ook af van artikel 114 lid 2 van het GEKR-voorstel en van artikel IV.A.-4:201 *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

Ten aanzien van ontbinding geldt voorts dat consumenten er in de hiërarchie van remedies in de voorgestelde richtlijn pas een beroep op kunnen doen nadat de verkoper een kans is gegeven om non-conforme goederen te

## Een inhoudelijke verbetering is dat de richtlijn de regels voor non-conformiteit en beschikbare remedies van Richtlijn 99/44/EG aanscherpt

herstellen of te vervangen (artikel 9 lid 3, en vergelijk artikel 3 lid 3 en 5 van Richtlijn 99/44/EG). Voor sommige lidstaten, zoals Nederland en Duitsland is dat in overeenstemming met de huidige regels. Voor het Verenigd Koninkrijk zou het een wijziging, en wellicht een verslechtering, betekenen. De Britten hechten groot belang aan een vrije keuze van remedies voor de (consument-)koper, waaronder de mogelijkheid om bij wanprestatie onmiddellijk de overeenkomst te ontbinden. Ook in de op 1 oktober 2015 in werking getreden *UK Consumer Rights Act* (CRA) is die mogelijkheid gehandhaafd: consumenten hebben tot 30 dagen na levering een 'short term right to reject' indien de geleverde zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden (s.22 CRA).<sup>18</sup> De nieuwe richtlijn zou daarin dus verandering kunnen brengen.

Een verbetering van consumentenbescherming is dan weer dat het richtlijnvoorstel voor online-verkoop bepaalt dat het bewijsvermoeden voor non-conformiteit van zes maanden na aflevering wordt verlengd tot twee jaar na aflevering of installatie (artikel 8 lid 3). Daarmee komt de termijn gelijk te lopen met de 'wettelijke garan-

tie', ofwel de termijn waarin het voor een consument mogelijk is de verkoper aan te spreken voor een van de in de richtlijn neergelegde remedies voor non-conformiteit (zie artikel 14 van het voorstel en reeds nu artikel 5 van Richtlijn 99/44/EG). Omdat de richtlijn maximumharmonisatie beoogt zou de bepaling ten aanzien van de wettelijke garantie overigens wel een verslechtering kunnen betekenen voor consumenten in enkele lidstaten, waaronder Nederland. Het zou niet meer mogelijk zijn een lange termijn te handhaven, bijvoorbeeld voor zaken waarvan normaal een langere levensduur mag worden verwacht, zoals wasmachines of koelkasten.

Het voorstel bepaalt voorts dat de consument ontbinding kan uitoefenen door de verkoper er 'met om het even welk middel' van op de hoogte te stellen (artikel 13 lid 1). Een schriftelijke aanmaning (artikel 6:82 BW), of een gang naar de rechter zoals bijvoorbeeld in Frankrijk is vereist, is dus niet nodig. Een laatste noemenswaardig punt is dat de verplichting voor de consument om tijdig, en in elk geval binnen twee maanden na ontdekking, aan de verkoper kennis te geven van een non-conformiteit komt te vervallen. Deze mogelijkheid werd tot nog toe opengelaten onder Richtlijn 99/44/EG, en is in Nederland uitgewerkt in de klachtplicht van artikel 7:23 lid 1 BW. Deze twee punten zouden op zich gunstig zijn voor consumenten.

### 3.2. Het Richtlijnvoorstel voor overeenkomsten inzake digitale inhoud<sup>19</sup>

Het tweede Richtlijnvoorstel betreft overeenkomsten tot levering van digitale inhoud. Met 'digitale inhoud' wordt, algemeen gezegd, gedoeld op producten of diensten die bestaan in de levering van databestanden, ofwel digitale bestanden opgebouwd uit bits (nullen en enen).<sup>20</sup> Qua regelgeving in het contractenrecht is dit terrein voor de meeste lidstaten in Europa nog *terra incognita*. Alleen het Verenigd Koninkrijk kent sinds kort, in de op 1 oktober 2015 in werking getreden *Consumer Rights Act*, een specifieke regeling voor 'digital content contracts'. In Nederland is de koopregeling in geval van digitale inhoud van toepassing op overeenkomsten tot 'levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, maar die wel is geïndividualiseerd en waarover feitelijke macht kan worden uitgeoefend'. Downloaden valt daarmee wel onder de koopregeling, maar voor streaming-overeenkomsten geldt de algemene regeling van Boek 6 BW.<sup>21</sup>

15. De Richtlijn consumentenrechten van 2011 verving Richtlijn 85/577/EEG inzake colportage en Richtlijn 97/7/EG inzake koop op afstand, en bracht kleine wijzigingen aan in Richtlijn 99/44/EG inzake consumentenkoop en Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen. De geïmplementeerde regels zijn in het Nederlandse recht voor het grootste deel terug te vinden in afdeling 6.5.2b BW.

16. Dat geldt in het bijzonder voor het Verenigd Koninkrijk. Voor een analyse, zie H. Beale, 'Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment', briefing paper

voor het Europees Parlement (februari 2016), online beschikbaar via <https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/78768c1c-6ae7-4abb-926c-44fac562ff20/new%20rules%20for%20contracts%20in%20the%20digital%20environment.pdf> laatst geraadpleegd 16 februari 2016.

17. Bij de koopregeling in het BW gaat het om 'roerende zaken' in de zin van art. 7:5 lid 1 jo. 5:2 BW. Hoewel de bepalingen over consumentenkoop zien op roerende zaken, wordt in de EU-richtlijnen van 'goederen' gesproken. Bij de bespreking van de tekst van de richtlijnen hanteer ik om die reden

de term goederen.

18. De volledige tekst van de UK Consumer Rights Act is online beschikbaar via <[www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted)> (laatst geraadpleegd 16 februari 2016).

19. Voor een uitgebreidere analyse van het voorstel zie V. Mak, 'The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content', briefing paper voor het Europees Parlement (februari 2016), online beschikbaar via <https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/e5d5edca-7d66-4206-9e5d-2e332be1492c/con->

[contracts%20for%20the%20supply%20of%20digital%20content2.pdf](https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/e5d5edca-7d66-4206-9e5d-2e332be1492c/contracts%20for%20the%20supply%20of%20digital%20content2.pdf) laatst geraadpleegd op 16 februari 2016.

20. Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Data in het vermogensrecht', *WPNR* 2015/7085.

21. *Kamerstukken II* 2014/15, 34071, 3, p. 2. Zie ook E.D.C. Neppelenbroek, 'Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!', *NJB* 2013/2014, afl. 33, p. 2260-2261; M.B.M. Loos, 'Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht', *NJB* 2013/2255, afl. 38, p. 2684-2685.

## De Europese wetgever ziet het grotendeels ontbreken van nationale wetgeving inzake digitale inhoud-overeenkomsten als een uitgelezen kans om eenvormige wetgeving in te voeren

De Europese wetgever ziet het grotendeels ontbreken van nationale wetgeving inzake digitale inhoud-overeenkomsten als een uitgelezen kans om eenvormige wetgeving in te voeren. Door de lidstaten voor te blijven, zou het voor de EU-wetgever mogelijk zijn om de regelgeving op dit terrein volledig naar wens vorm te geven en – alweer door middel van maximumharmonisatie – afwijkingen in nationaal recht te voorkomen. Daarmee komt het doel van de wetgever, het wegnemen van juridische barrières voor grensoverschrijdende handel in de interne markt, een stapje dichterbij.<sup>22</sup> Tegen deze achtergrond is de richtlijn over digitale inhoud-overeenkomsten een welkome maatregel om consumentenbescherming in de ‘Digital Single Market’ kracht bij te zetten.

Inhoudelijk doet de Europese Commissie met deze richtlijn een aardige aanzet, maar er zijn kanttekeningen te plaatsen bij het huidige voorstel. Ten eerste levert de reikwijdte van de richtlijn nog wel wat hoofdbreken op, omdat de scheidslijn tussen de digitale wereld en de fysieke wereld niet eenvoudig te bepalen is. Het ‘Internet of Things’, bijvoorbeeld, lijkt tussen die twee werelden in te zitten. Het Internet of Things is de benaming voor technologieën die het mogelijk maken om apparaten aan het internet te linken en daarmee, of zelfs met andere apparaten, in communicatie te staan. Voorbeelden zijn ‘slimme’ thermostaten die van afstand via het internet of een smartphone kunnen worden bediend, wasmachines en koelkasten die op afstand bediend kunnen worden, en sensoren op het wegdek die informatie verzamelen over de aantallen passerende auto’s en daarmee wegbeheerders in staat stellen om filestromen te controleren.<sup>23</sup> In de toekomst zullen ongetwijfeld nog veel meer mogelijke toepassingen worden ontwikkeld.

Het probleem met de voorgestelde richtlijn is dat deze enerzijds ‘future proof’ wil zijn en om die reden een zeer brede definitie van ‘digitale inhoud’ kiest, zodat alle mogelijk te ontwikkelen vormen eronder kunnen vallen; maar anderzijds het Internet of Things expliciet uitsluit van het toepassingsgebied van de richtlijn (zie recital 17 van het voorstel). Is die uitsluiting echter wel werkbaar in de praktijk? De in artikel 2 voorgestelde definitie van digitale inhoud lijkt in sommige gevallen toch ook op het Internet of Things te kunnen slaan. De bepaling definieert digitale inhoud als: a. gegevens die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden, bijvoorbeeld video, audio, applicaties, digitale games en alle andere software; b. diensten die de totstandkoming, verwerking of opslag van gegevens in digitale vorm mogelijk maken, wanneer deze gegevens door de consument worden verstrekt; en c. diensten die het delen van gegevens en alle andere interactie met gegevens in digitale vorm die door andere gebruikers van de dienst worden verstrekt, mogelijk maken. De categorie onder a. lijkt op ‘traditionelere’ categorieën van digitale inhoud te slaan, terwijl b. doet den-

ken aan cloudcomputing en c. aan social media platforms, zoals Facebook of Instagram. Zoals gezegd zijn de categorieën echter niet limitatief bedoeld en het zou daarom mogelijk moeten zijn om zeer veel vormen van digitale producten eronder te brengen. De moeilijk te bepalen scheidslijn tussen de digitale en fysieke wereld roept dan de vraag op of de digitale inhoud-regeling van toepassing is op een overeenkomst, of de koopregeling. In recital 11 van het voorstel wordt een poging gedaan om die vraag op te helderen door te bepalen: ‘[d]eze richtlijn mag echter niet van toepassing zijn op digitale inhoud die zodanig in goederen is verwerkt dat deze inhoud als een integreerend deel van die goederen functioneert en de functies ervan aan de hoofdfuncties van de goederen ondergeschikt zijn.’ Maar wanneer is dat? Bij een auto zou kunnen worden gedacht dat de hoofdfunctie is dat hij rijdt. Nieuwe technologieën maken het echter mogelijk dat de auto allerhande data verzamelt die de gebruiker via een smartphone kan bijhouden, en daar eventueel zijn of haar rijgedrag op kan aanpassen. Welke functie is op een gegeven moment nog als ‘hoofdfunctie’ te beschouwen? Met deze afbakeningsproblemen in het achterhoofd, alsmede de tegelijk gepresenteerde richtlijn over online-verkoop, zou het wellicht voor de hand hebben gelegen om een integrale regeling voor alle typen online- en digitale inhoud-overeenkomsten op te stellen.<sup>24</sup>

Een interessante, en welkome, toevoeging is daarentegen de regel neergelegd in artikel 3 lid 1 van het voorstel. Daarin wordt bepaald dat de richtlijn niet alleen van toepassing is op overeenkomsten waarin de consument voor de levering van digitale inhoud een prijs betaalt, maar ook op overeenkomsten waar ‘door de consument actief een andere tegenprestatie dan geld wordt geleverd, in de vorm van persoonlijke gegevens of andere gegevens.’ Het ‘betalen’ met data komt voor bij veel vormen van (online) levering van digitale inhoud. Een uitbreiding van de consumentenbescherming voor dit typen overeenkomst zou dan ook gunstig zijn. De bescherming die consumenten genieten, bijvoorbeeld ten aanzien van conformiteit, zou mijns inziens voor die gevallen van hetzelfde niveau moeten zijn als bij overeenkomsten waar wel een prijs wordt betaald. Persoonsgegevens en andere persoonlijke data zijn voor consumenten evenveel, zo niet meer waard dan geld.<sup>25</sup>

De overige bepalingen van het richtlijnvoorstel roepen een aantal verdere vragen op. De voornaamste discussiepunten zijn de criteria voor conformiteit (artikel 6), de omkering van de bewijslast ten aanzien van non-conformiteit in combinatie met een ongelimiteerde termijn voor het aansprakelijk stellen van de aanbieder (artikel 9 en 10), en de voorgestelde regel over schadevergoeding (artikel 14). Ik zal op elk van deze punten kort ingaan.

De criteria voor conformiteit zijn in grote lijnen gelijk aan die in het richtlijnvoorstel voor online-verkoop

van tastbare zaken. Artikel 6 specificeert zowel een aantal subjectieve, als een aantal objectieve criteria, waarbij wordt aangesloten bij de regeling dat de goederen – of in dit geval, de digitale inhoud – aan de door de aanbieder gegeven beschrijving moet voldoen en de eigenschappen moet bezitten die in de overeenkomst zijn afgesproken. Voor digitale inhoud wordt een aantal specifieke eigenschappen bij naam genoemd in het richtlijnvoorstel, zoals ‘versie, functionaliteit, interoperabiliteit en andere prestatiekenmerken, zoals toegankelijkheid, continuïteit en veiligheid’ (artikel 6 lid 1).

Vervolgens kiest het voorstel echter een minder gelukkige benadering. Artikel 6 stelt de subjectieve criteria voorop en maakt het daarom mogelijk voor de aanbieder om contractueel te bepalen hoever de conformiteitsverwachtingen van de consument reiken. Lid 2 bepaalt dat de objectieve criteria slechts gelden ‘[v]oor zover in de overeenkomst niet, waar relevant, duidelijk en begrijpelijk de voorschriften inzake de digitale inhoud zoals vermeld in lid 1 zijn opgenomen.’ Daarmee wordt in wezen de vrije hand gegeven aan aanbieders om te bepalen hoe ver hun aansprakelijkheid reikt ten aanzien van de verwachtingen die een consument van de geleverde digitale inhoud mag hebben. Juist omdat digitale producten of diensten vaak complex zijn, lijkt het niet passend om zo veel ruimte te geven aan aanbieders. Het zou eerder in de rede liggen om consumenten te beschermen door middel van objectieve, wettelijke criteria waaraan digitale inhoud moet voldoen.<sup>26</sup>

Het volgende punt, de omkering van de bewijslast voor non-conformiteit, lijkt minder controversieel. Het sluit aan op de benadering bij consumentenkoop en komt de consument tegemoet bij de meestal lastige opgave om aan te tonen dat de goederen al bij aflevering niet conform de overeenkomst waren. De voorgestelde richtlijn geeft er echter nog eens extra bescherming bij voor de consument, door te bepalen dat de aanbieder ongelimiteerd – dat wil zeggen, zonder een termijn te geven – aansprakelijk blijft voor non-conformiteit (artikel 10). Weliswaar gelden in dat geval nog steeds nationale verjaringstermijnen (recital 43), maar in de voor het overige uniforme EU-regeling voor digitale inhoud zou dus geen termijn zijn opgenomen. Daarmee blijft het voorstel achter bij de regels voor online-verkoop, dat op dit punt wel maximumharmonisatie poogt te bereiken (door een termijn van twee jaar neer te leggen, zie artikel 14 van dat voorstel). Of het nodig is om een temporeel ongelimiteerde aansprakelijkheid van de verkoper aan te nemen is bovendien nog maar de vraag. Nieuwe ontwikkelingen in de technologie volgen elkaar zo snel op, dat

de consument waarschijnlijk al na een paar jaar geen behoefte meer zal hebben aan het product of aan een actie jegens de aanbieder.<sup>27</sup>

De schadevergoedingsregel, ten derde, is wellicht de meest problematische. Artikel 14 van het voorstel bepaalt dat een consument bij non-conformiteit van de digitale inhoud recht heeft op vergoeding van ‘alle economische schade aan de digitale omgeving van de consument’ die is veroorzaakt door het leveren van gebrekkige digitale inhoud of het niet leveren van digitale inhoud. Hoewel het voorstel daarmee – anders dan de online-verkoop-

## Persoonsgegevens en andere persoonlijke data zijn voor consumenten evenveel, zo niet meer waard dan geld

richtlijn – een schadevergoedingsregeling bevat, is de insteek ervan zeer limiterend voor consumenten. De bepaling ziet alleen op schade aan de digitale omgeving van de consument, bijvoorbeeld een computer waarop software is geïnstalleerd, maar niet op schade aan het digitale inhoud-product zelf, of andere vormen van gevolgschade. Indien bijvoorbeeld een hacker via aangeschafte software toegang krijgt tot de computer van een consument en via die weg gegevens bemachtigt waarmee hij de bankrekening van de consument kan leeghalen, is die schade voor de consument niet verhaalbaar. De aansprakelijkheid voor aanbieders is daarmee ingrijpend beperkt.<sup>28</sup> Bovendien geeft artikel 14 lid 2 opdracht aan de lidstaten nadere regels vast te stellen ‘met betrekking tot de uitoefening van het recht op schadevergoeding.’

Voor een bepaling die voor het overige op maximumharmonisatie is gericht, is dat een vreemde bepaling – op deze manier blijft het immers mogelijk dat verschillen bestaan tussen de afwikkeling van schadevergoeding in verschillende lidstaten. Dat brengt me bij de andere vraag die ik aan het begin van deze bijdrage stelde: hoe effectief is harmonisatie in het bereik van de doelstellingen van de EU?



22. Zie de toelichting bij het Richtlijnvoorstel voor digitale inhoud-overeenkomsten, COM(2015) 634 final, p. 3.

23. Zie over het Internet of Things J.E.J. Prins, ‘Mijn intelligente koelkast’, *NJB* 2015/1090, afl. 23, p. 1519.

24. Zie ook J.M. Smits, ‘The new proposal for harmonised rules for the online sales of tangible goods: conformity, lack of conformity and remedies’, briefing paper voor het Europees Parlement (februari 2016); online

beschikbaar via <https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/ac81955d-6f19-4bef-b52f-a90ed7f00f8b/Rules%20for%20the%20online%20sale%20of%20tangible%20goods.pdf> laatst geraadpleegd op 16 februari 2016.

Zie verder par. 4.  
25. Zie in meer detail Mak 2016, p. 5-6 en 11. Anders, M.B.M. Loos, N. Helberger, L. Guibault, C. Mak, L. Pessers, K.J. Cseres & B. van der Sloot, *Digital content contracts*

for consumers. *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, final report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts. With an executive summary of the main points. Study performed for the European Commission* (2011), p. 177,

online beschikbaar via: [ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/legal\\_report\\_final\\_30\\_august\\_2011.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/legal_report_final_30_august_2011.pdf) laatst geraadpleegd op 16 februari 2016.

26. In dezelfde zin Beale 2016.

27. Voor een uitgebreidere bespreking, zie Loos c.s. 2011, p. 120.

28. Dat de bepaling inderdaad een dergelijke beperking beoogt, wordt bevestigd door de toelichting bij art. 14; zie COM(2015) 634 final, p. 15.

#### 4. Harmonisatie en de (digitale) interne markt

De doelstellingen van de EU, die de basis vormen voor harmonisatie in het privaatrecht, werden hierboven al genoemd: de eenmaking van de interne markt en het nastreven van een hoog niveau van consumentenbescherming.<sup>29</sup> Ter uitvoering van die doelstellingen heeft de Europese wetgever met name vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw een groot aantal richtlijnen en verordeningen het licht doen zien op het gebied van het consumentencontractenrecht. Ook is een wetenschappelijke aanzet gemaakt tot een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees privaatrecht (GRK, in het Engels *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*). Die laatste tekst is niet-bindend en geldt vooralsnog vooral als inspiratie voor de Europese instituties en de lidstaten. De stroom – bindende – wetgeving is inmiddels aardig tot stilstand gekomen. Een beoogde consolidatie van het Europese consumentenrecht leverde niet meer op dan een vervanging van twee bestaande richtlijnen in de Richtlijn consumentenrechten van 2011.<sup>30</sup> Sindsdien is alleen nog verschenen Richtlijn 2014/17/EU inzake consumentenhypotheken. Het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (GEKR) haalde de eindstreep niet.

Heeft harmonisatie hiermee een ‘dead-end’ bereikt, zoals Hans Schulte-Nölke suggereert?<sup>31</sup> Ik ben dat ten dele met hem eens, en zal dat kort toelichten, maar wil harmonisatie nog niet helemaal afschrijven. De twee nieuwe richtlijnvoorstellen zouden voor consumentenparticipatie in de Digital Single Market juist van grote betekenis kunnen zijn.

De belangrijkste reden dat harmonisatie maar matig succesvol lijkt te zijn in het wegnemen van handelsbarrières in de interne markt, is dat het vaak averechts werkt. In plaats dat het verschillen tussen het recht van verschillende lidstaten wegneemt, creëert het vaak nieuwe verschillen, ofwel nieuwe fragmentatie van regelgeving. Ook in de nieuwe voorstellen ligt dat gevaar op de loer. De voorstellen zijn gericht op ‘targeted, full harmonization’, wat betekent dat op een aantal eng geselecteerde gebieden maximumharmonisatie wordt nagestreefd. Doordat lidstaten niet naar beneden, maar ook niet naar boven – dat wil zeggen, ten gunste van consumenten – van de regels van de richtlijnen mogen afwijken, moeten de regels uniform komen te gelden in de EU. Anders dan bij minimumharmonisatie, waarbij afwijking naar boven wel is toegestaan en lidstaten dus verschillende regelgeving kunnen blijven hanteren, zouden bij maximumharmonisatie de regels uniform moeten zijn. Hoewel dat op zich haalbaar is voor de regels die binnen de reikwijdte van de richtlijnen vallen, ontstaat fragmentatie doordat die reikwijdte beperkt is. Het ene voorstel ziet slechts op online-verkoop en andere vormen van koop op afstand. Voor fysieke koop blijven andere regels, namelijk die van Richtlijn 99/44/EG en van nationaal recht, gelden. Het andere voorstel kent zodanige vloeibaarheid in de afbakening van ‘digitale inhoud’ dat überhaupt onduidelijk is welke regels van toepassing zul-



len zijn. Voor zover een afzonderlijk regime beoogd wordt voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud zou verdere fragmentatie ontstaan van regelgeving voor consumentencontracten.

Zou harmonisatie wel werken als dit bezwaar – fragmentatie – kan worden aangepakt? Als we de motieven van de EU-wetgever bekijken, dan zijn er zeker redenen om geharmoniseerde regelgeving zoals nu voorgesteld wenselijk te achten. De grote meerwaarde van de nieuwe voorstellen is dat zij ertoe kunnen bijdragen dat consumenten en bedrijven aansluiting vinden bij de Digital Single Market. Digitalisering is als gezegd niet voor iedereen te behapstukken. Passende regelgeving zou kunnen helpen om duidelijk te maken welke rechten en verplichtingen aanbieders en consumenten over en weer van elkaar mogen verwachten.

Het probleem van fragmentatie van regelgeving zou op ten minste twee manieren kunnen worden aangepakt. Ten eerste zou voor online-verkoop, koop op afstand, en digitale inhoud-overeenkomsten een geïntegreerde regeling kunnen worden voorgesteld, in plaats van twee aparte Richtlijnvoorstellen. Ook de regels voor ‘gewone’, fysieke koop zouden kunnen worden meegenomen. De betere bescherming voor consumenten volgend uit het online verkoop-voorstel, bijvoorbeeld de verduidelijkingen ten aanzien van conformiteit, zou ook voor gewone koopovereenkomsten op zich passend zijn. Verder is het belangrijk dat een voldoende niveau van consumentenbescherming wordt gekozen. De voorstellen beogen maximumharmonisatie en zullen, indien ze worden aangenomen, voor sommige lidstaten een verlaging van consumentenbescherming betekenen op specifieke aspecten. Hoewel daar tegenover staat dat op andere punten een hoger niveau van bescherming zal gelden, is het belangrijk om een weloverwogen keuze te maken tussen de belangen van consumenten en ondernemingen. Eventuele bezwaren tegen een regeling met een bredere reikwijdte, in het bijzonder indien die op maximumharmonisatie gericht zou zijn, zouden kunnen worden weggenomen door net als bij het GEKR-voorstel te kiezen voor een optioneel instrument.

Een andere mogelijkheid is om in te zetten op een instrument met een beperktere reikwijdte. In het bijzonder het Richtlijnvoorstel inzake digitale inhoud-overeenkomsten verdient het om – weliswaar in aangepaste vorm – te worden aangenomen. Doordat de regels nationale regelgeving grotendeels voor blijven, is het mogelijk op Europees niveau een eenvormige regeling te formuleren die in alle lidstaten op gelijke wijze kan gelden. Daarmee wordt fragmentatie van regelgeving voor een groot deel vermeden. De EU-wetgever heeft daarmee een troef in handen om de markt voor digitale producten in Europa naar wens te reguleren. Daarbij zal uiteraard voorop moeten staan dat een hoog niveau van consumentenbescherming wordt verzekerd. Binnen die bandbreedte zou harmonisatiewetgeving van de EU-wetgever een welkome aanvulling zijn op nationaal recht. •

<sup>29</sup> Zie boven, par. 2.  
<sup>30</sup> Inclusief kleine aanpassingen in twee  
<sup>31</sup> Zie boven, par. 1.