

# REMEDIES BIJ DIGITALE INHOUD EN DIENSTEN

Matthias E. STORME  
gewoon hoogleraar KU Leuven  
advocaat

## 1. ALGEMENE KENMERKEN EN VRAGEN

1. In deze bijdrage bespreek ik de remedies voor niet-nakoming in de Richtlijn Digitale inhoud 2019 en de gevolgen ervan voor het Belgische recht. De Richtlijn wordt daarbij als een *datum* (gegeven) beschouwd, en deze bijdrage beoogt dus niet de Richtlijn zelf kritisch te evalueren. Natuurlijk rijzen er wel interpretatievragen, en vanzelfsprekend ook rechtspolitieke en rechtstechnische vragen over de keuzes bij omzetting en gebruik van de speelruimte door de nationale wetgever.

2. Zoals intussen algemeen bekend, gaat het bij deze Richtlijn om een in beginsel volledige harmonisatie van een beperkt aantal elementen inzake consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud en diensten, en met name om grotendeels dezelfde elementen die op dezelfde wijze geharmoniseerd worden voor de consumentenkoop van niet-digitale goederen. Dat laatste is natuurlijk een belangrijk element voor de keuzes die te maken zijn bij de omzetting (zie *infra* V).

De Richtlijn handelt in hoofdzaak enkel over de verbintenissen van de handelaar, en met name de leverings- of terbeschikkingstellingsverplichtingen en de conformiteitsverplichting, de omvang van de contractuele aansprakelijkheid van de handelaar en de remedies van de consument.

3. Wat deze leverings- of terbeschikkingstellingsverplichting betreft, geef ik slechts enkele hoofdlijnen met het oog op de leesbaarheid van deze bijdrage, maar ook met het oog op de aanbevelingen voor omzetting *infra* V.

De Richtlijn handelt over zowel levering (terbeschikkingstelling) van digitale inhoud (als dusdanig of voor een bepaalde of onbepaalde tijd) als diensten met betrekking tot digitale inhoud (vooral toegang ertoe). Dit gebeurt ook grotendeels uniform, wat een erg belangrijk gegeven is in het licht van de verschuivingen die

we zien in de wijzen van terbeschikkingstelling van producten, en met name de zogenaamde *servitisation*, waarbij producten die vroeger zuiver verkocht werden, nu ten dele als dienst worden aangeboden. Juridisch is dit een gedeeltelijke verschuiving van verkoop van goederen naar gebruiksrechten op goederen dan wel diensten, wat traditioneel gebeurt in de vorm van een verhuring of dienstenovereenkomst in plaats van een verkoop.<sup>1</sup> Voor sommige vragen betekent dit dat de Richtlijn een onderscheid maakt tussen drie types van overeenkomsten, de levering van digitale inhoud als dusdanig, de terbeschikkingstelling gedurende een termijn, en de digitale diensten, en het is verleidelijk daarin de traditionele indeling tussen koop, huur en aanneming te zien. Maar in andere gevallen is er een tweedeling (zie bv. art. 11 Richtlijn Digitale inhoud), de meeste regels zijn wel degelijk uniform, en de systematiek van de verplichtingen van de handelaar is een systematiek die vandaag de dag stilaan gemeenschappelijk aan het worden is voor die drie types overeenkomsten. Het is een gemoduleerde versie van het intussen klassieke schema van hedendaags kooprecht (dat bij ons jammer genoeg nog niet in het gemeen kooprecht is doorgedrongen vanwege het blijven aanmodderen met leveringsplicht en vrijwaringsregeling voor verborgen gebreken). Dat klassieke schema gaat uit van een leveringsplicht en een conformiteitsplicht als twee-in-één, een vrijwaringsplicht bij intellectuele rechten van derden, een verplichting de eigendom te bezorgen (gepaard met vrijwaring voor uitwinning), naast mogelijke aanvullende verplichtingen, en vinden we bijvoorbeeld in het Weens kooprecht en de oude Richtlijn consumentenkoop 1999. Dit schema is evenwel gemoduleerd doordat de verkoper ook updateverplichtingen kan hebben, waardoor het verschil tussen verkoop van digitale inhoud en huur en aanneming verkleint, terwijl omgekeerd bij huur en aanneming de leverings- en conformiteitsplicht en de vrijwaringsplicht bij intellectuele rechten van derden grotendeels volgens het model van het moderne kooprecht worden gemodelleerd.

Aldus behandelt de Richtlijn de leveringsplicht in artikel 5 Richtlijn Digitale inhoud, de conformiteitsplicht in de artikelen 6 tot 9 en de vrijwaringsplicht bij intellectuele rechten van derden in artikel 10, telkens in beginsel uniform voor de drie types van levering en ongeacht de kwalificatie van de overeenkomst.

Bij de omzetting moet men hier rekening mee houden, in het bijzonder omdat de updateverplichting het niet mogelijk maakt om zomaar de traditionele categorieën van koop, huur en aanneming te gebruiken.

4. Anderzijds behandelt de Richtlijn bij overeenkomsten die zowel digitale goederen of diensten als andere goederen of diensten betreffen, énkél het digitale deel van de overeenkomst (zie art. 3, § 6 en overweging 33 Richtlijn Digitale inhoud). Bij gemengde overeenkomsten dient men dus “distributief” te werk te gaan en

<sup>1</sup> Zie hierover enerzijds V. MAK en anderzijds E. TERRY, B. KEIRSBILCK en E. VAN GOOL, *Preadviezen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2019*, Boom juridische uitgevers, 2019.

voor de verschillende onderdelen van de overeenkomst de daarvoor relevante regels inzake inhoud van de verplichting, aansprakelijkheidsverdeling en remedies toe te passen.

Uitzondering hierop wordt gemaakt:

- a) bij een verkoop van “goederen met digitale elementen”; dat zijn volgens artikel 2, 3° Richtlijn Digitale inhoud “*roerende lichamelijke zaken waarin digitale inhoud of een digitale dienst zijn verwerkt of die daarmee onderling verbonden zijn, op zodanige wijze dat het ontbreken van die digitale inhoud of digitale dienst ertoe zou leiden dat de goederen hun functies niet kunnen vervullen*”; hier is enkel de Richtlijn consumentenkoop 2019 van toepassing, ook voor de digitale goederen of diensten die meegeleverd worden met of verwerkt worden in de verkochte goederen;
- b) in enkele andere gevallen waar de digitale inhoud of dienst buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn Digitale inhoud valt (opgesomd in bv. overweging 33 en art. 3 (6)).

Als het geen bundelovereenkomst betreft, maar echt aparte overeenkomsten (met dezelfde handelaar of niet), dan bepaalt het nationale recht de weerslag van de ene op de andere (art. 3 (6), lid III en overweging 34 Richtlijn Digitale inhoud).

Het nationale recht zal bij het bepalen van het lot van de rest van de overeenkomst *c.q.* samenhangende overeenkomst, bijvoorbeeld bij ontbinding van het digitale deel, wel rekening moeten houden met het effectiviteitsbeginsel uit het Unierecht. Het Belgische recht hanteert voor deze vraag nu wel reeds het criterium van de subjectieve deelbaarheid<sup>2</sup>, wat m.i. conform is en minstens voor de gemengde overeenkomst normaal een voldoende oplossing biedt.

5. Iets problematischer is het geval van de meerpartijenovereenkomst of de meerpartijenverhouding waarbij de consument afzonderlijke overeenkomsten heeft met meerdere handelaars. De Richtlijn Digitale inhoud geeft geen oplossingen voor de gevallen waarin de digitale inhoud of dienst een combinatie is van wat door verschillende contractspartijen geleverd wordt.<sup>3</sup> De Richtlijn gaat uit van het model van een “keten”, waarbij de consument slechts één leverancier heeft, die onderleveranciers kan hebben, en geeft geen oplossingen voor de situatie waar het veeleer om een “ster” gaat.<sup>4</sup> Behalve wat de verbinding met een overeenkomst

<sup>2</sup> Zie mijn bijdrage in *TBBR* 1991, 114. Vgl. M. FONTAINE, *RCJB* 1990, (378) 398; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, I, nr. 290. Voor een uitvoeriger en meer genuanceerde studie zie T. TANGHE, “Gedeeltelijke ontbinding van overeenkomsten”, *RW* 2016-17, 403 e.v.

<sup>3</sup> Vgl. B. GSELL, “Der europäische Richtlinienvorschlag zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte”, *ZUM* 2018, (75) 80 e.v.

<sup>4</sup> Beeld ontleend aan S. GRUNDMANN, “Contractual Networks in German Private Law” in F. CAFAGGI (ed.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, 2011, (111) 114. Zie verder ook mijn bijdrage “A civilian perspective on network contracts and privity”, 85 *The George Washington Law Review* 2017, 101-136 ([www.gwlr.org/wp-content/uploads/2018/03/85-Geo.-Wash.-L.-Rev.-1739.pdf](http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2018/03/85-Geo.-Wash.-L.-Rev.-1739.pdf)) = [ssrn.com/abstract=3141018](https://ssrn.com/abstract=3141018).

van consumentenkrediet betreft (zie Richtlijn 2008/48<sup>5</sup>), moeten we het doen met de rudimentaire regels uit de Richtlijn consumentenrechten 2011/83<sup>6</sup> over “aanvullende overeenkomsten”, nl. de doorwerking van de herroeping van een afstandovereenkomst op die aanvullende overeenkomst (maar geen regel inzake ontbinding wegens wanprestatie).

Naar Belgisch gemeen recht geldt dat bij een ondeelbare meerpartijenovereenkomst een partij niet kan ontbinden wegens wanprestatie van een andere partij zonder akkoord van de verdere partijen (zie Cass. 17 oktober 2008<sup>7</sup>); het is twijfelachtig of dit de effectiviteitstoets van het Unierecht kan doorstaan als het de consument is die normaal gerechtigd is tot ontbinding.

## 2. AANSPRAKELIJKHEID HANDELAAR EN REMEDIES CONSUMENT

### 2.1. TOEREKENBAARHEID

6. De Richtlijn bepaalt in beginsel wanneer de handelaar aansprakelijk is voor een niet-nakoming en regelt de meeste rechtsgevolgen van dergelijke aansprakelijkheid. De gevolgen van een niet-toerekenbare tekortkoming (met name overmacht) daarentegen worden geregeld door nationaal recht (overweging 14 Richtlijn Digitale inhoud).

Bij overmacht is er naar Belgisch recht natuurlijk geen contractuele aansprakelijkheid. Dan rijst dus de vraag wie het tegenprestatierisico draagt, dus of er nog ontbinding of prijsvermindering mogelijk is, dan wel de consument de tegenprestatie moet nakomen (de prijs betalen). Anders gezegd luidt de vraag wanneer en in welke mate dit risico overgaat op de consument.

Nu wordt die risico-overgang wél uniform geregeld in Richtlijn consumentenrechten 2011/83 wanneer de digitale inhoud geleverd wordt op een materiële drager, en m.i. impliciet geregeld in de Richtlijn Digitale inhoud in het andere geval. Bij een levering van digitale inhoud “als dusdanig” gaat het risico over bij de levering: de handelaar is enkel aansprakelijk voor non-conformiteit die zijn oorsprong vindt voor de levering (zie nader *infra* nr. 15, met nuances inzake updateplicht), maar impliciet betekent dit ook dat de consument vanaf dan het tegenprestatierisico draagt en dus moet betalen wanneer een later opduikende non-conformiteit zijn oorsprong vindt na de levering zonder dat de handelaar ervoor aansprakelijk is. Bij diensten of leveringen voor een termijn daarentegen gaat dit tegenprestatierisico niet over op de consument en blijft het bij de hande-

<sup>5</sup> [Data.europa.eu/eli/dir/2008/48/oj](http://Data.europa.eu/eli/dir/2008/48/oj), onder meer de definitie in art. 3(n).

<sup>6</sup> [Data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj](http://Data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj).

<sup>7</sup> AR C.06.672.N, [jure.juridat.just.fgov.be/view\\_decision.html?justel=N-20081017-2](http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20081017-2).

laar (zie *infra* nr. 20). Bij later intredende overmacht moet de consument dus niet betalen.

Hierbij zie ik geen bijzondere moeilijkheden voor omzetting; dit is compatibel met het geldende algemeen contractenrecht.

7. De Richtlijn bespreekt ook niet het geval waarin de non-conformiteit toerekenbaar is aan de consument zelf, behalve in één geval. Als de consument de updates níét installeert hoewel hij daarover voldoende is geïnformeerd, dan is de handelaar niet aansprakelijk voor de gevolgen; in de Richtlijn consumentenkoop 2019 wordt dit in de tekst zelf van artikel 7, lid 4 geregeld, in de Richtlijn Digitale inhoud evenwel enkel in overweging 47. De Richtlijn consumentenkoop 2019 bepaalt bovendien in de tekst (art. 13, lid 7) dat de lidstaten bepalen wat de gevolgen zijn van een tekortkoming die (mede) toerekenbaar is aan de consument, terwijl de Richtlijn Digitale inhoud jammer genoeg niet dezelfde bepaling bevat. Het lijkt me evenwel niet strijdig met de Richtlijn dat de huidige regel van Belgisch recht blijft gelden, dat de consument geen beroep kan doen op de remedies in de mate waarin hij de tekortkoming zelf heeft veroorzaakt.

8. De Richtlijn bevat wel regels inzake de vraag in welke mate de handelaar wel of niet aansprakelijk is voor een gebruiksbeperking die het gevolg is van de intellectuele rechten van derden. Althans, de Richtlijn regelt die vraag voor zover het nationale recht niet bepaalt dat de overeenkomst daardoor ongeldig is (overweging 12 Richtlijn Digitale inhoud). Als dat niet het geval is, moet op de eerste plaats worden nagegaan wat de inhoud is van de overeenkomst, en met name van de conformiteitsplicht. Als de beperkingen strijdig zijn met de vereiste objectieve conformiteit (art. 8 Richtlijn Digitale inhoud), moet nagegaan worden of de overeenkomst daarvan is afgeweken op de vereiste wijze (art. 8, lid 5 Richtlijn Digitale inhoud): “*De handelaar kan een dergelijke aansprakelijkheid alleen voorkomen door te voldoen aan de voorwaarden om af te wijken van de in deze richtlijn vastgelegde objectieve conformiteitsvereisten, met name alleen wanneer de handelaar de consument voor de sluiting van de overeenkomst er uitdrukkelijk van in kennis stelt dat een specifiek kenmerk van de digitale inhoud of digitale dienst afwijkt van de objectieve conformiteitsvereisten, en de consument die afwijking uitdrukkelijk en afzonderlijk heeft aanvaard*” (overweging 53 Richtlijn Digitale inhoud). De consument heeft dan de gewone remedies voor niet-conformiteit, tenzij het nationale recht de ontbinding voorschrijft (en dus geen andere keuze laat) (art. 10 en overweging 54 Richtlijn Digitale inhoud). Het lijkt me niet aanbevelenswaardig dat het Belgische recht hierbij regels zou hebben die afwijken van de normale regels inzake aansprakelijkheid en remedies, zoals die *infra* worden toegelicht.

Indien de overeenkomst niet op de door artikel 8, lid 5 Richtlijn Digitale inhoud voorgeschreven wijze afwijkt van de objectieve conformiteitsvereisten, heeft de consument m.i. volgens de gewone regels recht op schadevergoeding,

bovenop de nietigverklaring of ontbinding. Nationaal recht dat dit uitsluit, lijkt me in strijd te zijn met het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel, zoals dat werd uitgelegd in *Courage/Crehan*<sup>8</sup>; weliswaar betrof het daar een nietigheid wegens beperking van de mededinging, waarvoor slechts een van de partijen verantwoordelijk werd geacht, maar er is geen reden waarom dit niet *a fortiori* zou gelden in het hier besproken geval.

9. Ten slotte kan nog gewezen worden op de regels die de handelaar de mogelijkheid geven de overeenkomst rechtmatig te wijzigen. Behalve de opzeggingsmogelijkheid die geldt bij overeenkomsten van onbepaalde duur, vermeldt de Richtlijn Digitale inhoud twee gevallen. Op de eerste plaats kan de handelaar wijzigingen aanbrengen die strekken tot het behoud van de conformiteit van de inhoud of dienst (overwegingen 74 en 75). Voor zover zij daarvoor nodig zijn, wordt de overeenkomst hier juist uitgevoerd in plaats van niet uitgevoerd.

Daarbuiten kan de handelaar conventioneel een wijzigingsrecht bedingen, nl. het recht om kenmerken van de digitale inhoud of digitale dienst te wijzigen, doch enkel als er in de overeenkomst een gegronde reden voor een dergelijke wijziging is opgenomen en nadere vereisten zijn vervuld (die worden aangegeven in art. 19 en overweging 75-77 Richtlijn Digitale inhoud). Het gaat hier dan niet om wanprestatie, en de consument beschikt niet over remedies wegens wanprestatie, maar volgens artikel 19, lid 2 Richtlijn Digitale inhoud heeft de consument die niet zou kunnen opteren voor de ongewijzigde inhoud of dienst, wel “*het recht de overeenkomst te ontbinden indien de wijziging negatieve gevolgen heeft voor de toegang van de consument tot of het gebruik door de consument van de digitale inhoud of digitale dienst, tenzij die negatieve gevolgen slechts gering zijn*”; dit dient wel te gebeuren binnen 30 dagen na ontvangst van de informatie, of vanaf het tijdstip waarop de digitale inhoud of digitale dienst door de handelaar is gewijzigd, indien dat later is.

## 2.2. REMEDIES VOOR NIET-LEVERING

10. De leveringsplicht is nader uitgewerkt in artikel 18 Richtlijn consumentenrechten 2011/83 wanneer de digitale inhoud te leveren is op een materiële drager, en in artikel 5 Richtlijn Digitale inhoud in het andere geval. In het eerste geval gelden ook de remedies van Richtlijn consumentenrechten 2011/83 (zie art. 3, 3<sup>o</sup> en overweging 20 Richtlijn Digitale inhoud), in het tweede geval die van artikel 13 Richtlijn Digitale inhoud.

Het principe van de aansprakelijkheid voor niet-levering vinden we in artikel 11, lid 1 Richtlijn Digitale inhoud; de bewijslast rust op de handelaar, die de levering moet bewijzen (art. 12, lid 1 Richtlijn Digitale inhoud).

<sup>8</sup> HvJ 20 september 2001, *Courage/Crehan*, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-453/99.

11. Bij gebrek aan tijdige levering moet de consument de handelaar in beginsel eerst in gebreke stellen (aanmanen) (art. 13, lid 1 Richtlijn Digitale inhoud, overweging 61), tenzij a) de handelaar heeft verklaard of uit de omstandigheden duidelijk blijkt dat de handelaar de digitale inhoud of digitale dienst niet zal leveren; of b) de consument en de handelaar zijn overeengekomen of uit de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst duidelijk blijkt dat een specifiek leveringstijdstip essentieel is voor de consument en de handelaar verzuimt de digitale inhoud of digitale dienst voor of op dat tijdstip te leveren (art. 13, lid 2 Richtlijn Digitale inhoud, overweging 61). Dit criterium voor vrijstelling van ingebrekestelling is compatibel met het Belgische recht en zou goed passen als algemene regel van contractenrecht.

In die twee gevallen mag de consument onmiddellijk ontbinden, daarbuiten eerst na de aanmaning en mits de handelaar verzuimt de digitale inhoud of digitale dienst onverwijld of binnen een door de partijen uitdrukkelijk overeengekomen aanvullende termijn te leveren. Bij ontbinding ontstaat er een restitutieplicht (meer bepaald van wat de consument reeds heeft betaald) en een recht op schadevergoeding (nader geregeld door nationaal recht) voor zover de consument verdere schade lijdt (vgl. de bespreking van de ontbinding *infra* nr. 32 c.q. 39).

12. Zolang niet geleverd wordt, mag de consument de nakoming van de eigen tegenprestatie opschorten volgens nationaal recht (zo overweging 15 Richtlijn Digitale inhoud; in de Richtlijn consumentenkoop 2019 uitdrukkelijk in art. 13, § 6). Naar Belgisch recht is dit de gewone toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus*; die geldt slechts dan niet indien volgens de overeenkomst de consument vooruit diende te betalen (wat de Richtlijn Digitale inhoud niet verbiedt, en meestal ook geen onrechtmatig beding zal zijn)<sup>9</sup>; en zelfs in het laatste geval geldt die wel indien er reeds een tekortkoming op voorhand is van de handelaar (*anticipatory breach*), zoals die wordt omschreven artikel 13, lid 2, a) Richtlijn Digitale inhoud. Voor zover het Belgische recht die regel (de zgn. *exceptio timoris*, gerechtvaardigde vrees voor niet-nakoming) niet zou kennen (*quod m.i. non*), wordt die m.i. impliciet opgelegd door artikel 13 Richtlijn Digitale inhoud (*qui peut le plus, peut le moins*: wie mag ontbinden, mag *a fortiori* opschorten).

13. Enkele problemen die zich kunnen voordoen, worden niet door de Richtlijn geregeld.

Een eerste voorbeeld betreft de rechten van de consument die de digitale inhoud wel geleverd heeft gekregen, maar na levering per ongeluk heeft gewist of anderszins is kwijtgeraakt. Dit is enkel een probleem bij een overeenkomst voor levering van digitale inhoud “als dusdanig” (niet bij overeenkomsten voor terbe-

<sup>9</sup> Zie mijn bijdrage “De *exceptio non adimpleti contractus*, als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties”, *RW* 1989-90, 313-324 = [rw.be/archief/5310/pdf](http://rw.be/archief/5310/pdf).

schikkingstelling gedurende een periode). Uit het recht op updates zou men m.i. impliciet kunnen afleiden dat men *a fortiori* recht heeft op een nieuwe levering (tegen de reële kost).

Een tweede voorbeeld betreft omgekeerd de overeenkomsten tot terbeschikkingstelling gedurende een periode, waarbij het voorwerp in algemene termen wordt omschreven, zoals bijvoorbeeld abonnementen op een aanbod aan films, muziek e.d.m. in geval van frequente wijziging die niet aan de verwachting van de consument beantwoordt. Het ziet ernaar uit dat de Richtlijn hier geen andere bescherming biedt dan een voortijdige opzeggingsmogelijkheid *ex* artikel 19 Richtlijn Digitale inhoud. Wel kan de consument in sommige gevallen beschermd zijn door de regels inzake intransparante of onrechtmatige bedingen of inzake onrechtmatige handelspraktijken.

## 2.3. REMEDIES VOOR NON-CONFORMITEIT

### 2.3.1. Termijnen van aansprakelijkheid en andere termijnen

14. Voor de regels inzake de conformiteitsplicht wordt verwezen naar de bijdrage van CLAEYS en DE WEERDT. De regels inzake duur en termijnen worden evenwel hierin behandeld, omdat die sterk vervlochten zijn met de aansprakelijkheid en remedies. Hoewel de remedies bij non-conformiteit in beginsel uniform geregeld zijn in de artikelen 14 tot 18 Richtlijn Digitale inhoud, is er wel enige variatie die samenhangt met de verschillen in aard van de verbintenis van de handelaar. Hier regelt de Richtlijn Digitale inhoud apart het geval waarin de overeenkomst voorziet in een eenmalige of in meerdere afzonderlijke leveringen van digitale inhoud ‘als dusdanig’ en het geval waarin de overeenkomst voorziet in continue terbeschikkingstelling gedurende een periode.

#### 2.3.1.1. Bij eenmalige of afzonderlijke leveringen

15. Dit is de overeenkomst die het dichtst bij de klassieke verkoop staat. De verbintenis bestaat er in beginsel in een digitale inhoud ‘als dusdanig’ te leveren, definitief maar zonder andere waarborg dan dat de inhoud bij de levering aan de conformiteitsvereiste beantwoordt. De consument verkrijgt de inhoud dus voor onbepaalde duur (in de zin van definitief, niet in de zin van onbepaalde duur en opzegbaar). Traditioneel volgt hieruit dat de verkoper na een conforme levering geen verdere verplichtingen meer heeft.

Nu gaat de Richtlijn Digitale inhoud hier inderdaad wel uit van dat eigenlijk achterhaalde klassieke model, maar toch niet ongemoduleerd. In dat klassieke model moet het conformiteitsgebrek aanwezig zijn bij de levering, ook al wordt het pas later redelijkerwijze kenbaar voor de consument. Een eerste nuance hierbij is dat conformiteit een zekere kwaliteit veronderstelt, nl. de kwaliteit om



het goed gedurende een normale levensduur te blijven gebruiken, anders gezegd duurzaamheid. Dit is duidelijk het geval, ook al gebruikt de Europese wetgever de term duurzaamheid niet in de Richtlijn Digitale inhoud, en in de Richtlijn Consumentenkoop 2019 enkel in verband met de contractuele waarborg (art. 17 Richtlijn Consumentenkoop 2019). De Richtlijn Digitale inhoud gaat immers eigenlijk nog een stap verder, door in artikel 8, lid 2 aan de handelaar de verplichting op te leggen om de updates te leveren die nodig zijn om de conformiteit van het goed of de dienst te “handhaven” gedurende de overeengekomen of redelijkerwijze te verwachten levensduur (“om de conformiteit van de digitale inhoud of de dienst te handhaven die de consument redelijkerwijs kan verwachten, gezien de aard en het doel van de digitale inhoud of digitale dienst en rekening houdend met de omstandigheden en de aard van de overeenkomst”). Bij dergelijke niet-handhaving van conformiteit heeft de handelaar krachtens artikel 11, lid 2 Richtlijn Digitale inhoud dezelfde aansprakelijkheid als bij levering van een niet-conforme inhoud of dienst. De conformiteitsplicht krijgt dus toch een zekere graad van continue verplichting, zij het minder intens dan in het geval van een overeenkomst die voorziet in continue terbeschikkingstelling voor een termijn. Die handhavingsplicht kan bij nationale wet in tijd worden beperkt (wat m.i. beter níet gebeurt, zie *infra*); zo niet, geldt die volgens de aard van de inhoud of dienst.

Hierbij kan overigens worden opgemerkt dat updates de functionaliteit van oudere modellen juist kunnen verminderen, en als dit bewust gebeurt, is het een oneerlijke handelspraktijk; dit heeft echter betrekking op de functionaliteit van de niet-digitale goederen met digitale elementen (*firmware* van een mobiele telefoon bv.) en wordt daarom niet in deze bijdrage behandeld.<sup>10</sup>

16. In deze context spelen er verschillende termijnen een rol, die elk een eigen functie hebben.

Op de eerste plaats is er een termijn van 1 jaar na de levering inzake de bewijslast van de oorsprong van de non-conformiteit (art. 12, lid 2 Richtlijn Digitale inhoud; in de Richtlijn Consumentenkoop 2019 kan de nationale wetgever die langer maken, hier niet), al wordt de draagwijdte van die termijn verminderd door de samenwerkingsplicht inzake bewijslevering van artikel 12, lid 5 Richtlijn Digitale inhoud.

Voor het verstrijken van die termijn draagt de consument de bewijslast dat de inhoud niet meer aan de conformiteitsvereisten beantwoordt<sup>11</sup>, maar niet dat die non-conformiteit reeds aanwezig was bij de levering, wat vermoed wordt tot tegenbewijs. De bewijslast keert om indien de handelaar bewijst dat de digitale

<sup>10</sup> Zie hierover bv. A. DE FRANCESCHI, “Planned obsolescence challenging the effectiveness of consumer law and the achievement of a sustainable economy”, *JECML* 2018, 27, met verwijzing naar beslissingen van de Italiaanse mededingingsautoriteit inzake Apple en Samsung.

<sup>11</sup> Vgl. HvJ 4 juni 2015, *Froukje Faber*, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-497/13, betreffende de Richtlijn Consumentenkoop 1999.

omgeving van de consument niet compatibel is (overweging 59 Richtlijn Digitale inhoud) of als de consument weigert mee te werken met de bewijsvoering (overweging 60 Richtlijn Digitale inhoud).

Na het verstrijken ervan moet de consument ook bewijzen dat die non-conformiteit reeds aanwezig was bij de levering, dan wel de handelaar tekortschiet in zijn verplichting tot updaten.

Deze regeling is een geval van volledige harmonisatie (overweging 11 Richtlijn Digitale inhoud).

17. Ten tweede kan het nationale recht een termijn bepalen waarbinnen het gebrek moet opduiken opdat de handelaar aansprakelijk zou zijn, die evenwel niet korter mag zijn dan 2 jaar (art. 11, 2, lid 2 Richtlijn Digitale inhoud). Het gaat hier vanzelfsprekend niet om een verjaringstermijn, maar om een termijn die de verbintenis van de handelaar inhoudelijk beperkt. Dit is een overblijfsel van de termijn van 2 jaar uit de CISG (Weens kooprecht), die in de nieuwe Richtlijn Consumentenkoop 2019 nog geldt als een *default rule* voor zover niet verlengd of afgeschaft door de nationale wetgever (art. 10, lid 1 Richtlijn Consumentenkoop 2019) of verlengd in een contractuele waarborg, en die gelukkig in de Richtlijn Digitale inhoud in beginsel verdwenen is. Het is m.i. immers een totaal voorbijgestreefde of althans onwenselijke idee om te bepalen dat geen enkel goed een langere duurzaamheid moet vertonen dan een dergelijke termijn, en al zeker niet als die slechts 2 jaar bedraagt. Zo'n termijn gaat overigens ook volledig in tegen de inspanningen van de overheid om producenten tot een grotere duurzaamheid van producten te verplichten (strijd tegen de verspilling, tegen de geplande veroudering ...). Waar zo'n termijn geldt, houdt hij omgekeerd overigens ook niet in dat de goederen gedurende de volle termijn conform moeten blijven (iets wat enkel een contractuele waarborgstermijn zou doen). Kortom, het is goed dat hij alvast hier is verdwenen en het is te hopen dat de nationale wetgever ook bij omzetting van de Richtlijn Consumentenkoop 2019 een dergelijke termijn terzijde schuift.<sup>12</sup> Weliswaar is het niet onmogelijk om de vereiste kwaliteit in een termijn uit te drukken, maar deze moet en zal wel sterk verschillen naargelang de aard van het goed, en kan dan ook niet in algemene regels van contractenrecht worden vastgelegd.

18. Ten derde kan er sprake zijn van termijnen waarbinnen de consument bepaalde handelingen moet stellen om zijn rechten te behouden, termijnen die pas mogen lopen wanneer de consument kon handelen, en dus wanneer hij het conformiteitsgebrek kende of behoorde te kennen. Naargelang de aard van de te

<sup>12</sup> Daarbij moet men wel opletten dat handelaars niet te gemakkelijk in hun overeenkomst in de vormen van art. 7, lid 5 Richtlijn Consumentenkoop 2019 kunnen bedingen dat de levensduur van de zaak lager ligt dan de redelijkerwijze te verwachten levensduur.

verrichten handeling gaat het om protesttermijnen of verjaringstermijnen<sup>13</sup> (een wetgeving kan beide natuurlijk ook combineren). De eerste werkt niet meer zodra er een kennisgeving is gebeurd, de tweede stopt slechts met lopen door een stuitingshandeling – in beginsel altijd een handeling van geldendmaking van de aan verjaring onderhevige aanspraak.

De Richtlijn Digitale inhoud verbiedt de lidstaten om een protesttermijn in te voeren waarbinnen de consument een kennisgeving zou moeten doen (overweging 11); onder de Richtlijn Consumentenkoop 2019 mogen zij wel een kennisgevingstermijn behouden of invoeren indien die minstens 2 maanden bedraagt (art. 12 Richtlijn Consumentenkoop 2019). Een deel van de functie van zo'n termijn wordt wel vervuld door de samenwerkingsplicht inzake bewijslevering van artikel 12, lid 5 Richtlijn Digitale inhoud.

19. De verjaringstermijn wordt wel aan de lidstaten overgelaten. We mogen ervan uitgaan dat dat ook geldt voor de regels inzake stuiting en schorsing van de verjaring (art. 44 Richtlijn Consumentenkoop 2019 stelt dat uitdrukkelijk, de Richtlijn Digitale inhoud zwijgt erover).

Wel mag de verjaring niet zo snel intreden dat consumenten ervan weerhouden worden om gedurende de gehele periode waarin de handelaar aansprakelijk is voor een conformiteitsgebrek, hun rechten uit te oefenen (art. 11, 2 III Richtlijn Digitale inhoud: “Indien voor de uitoefening van de in artikel 14 vermelde rechten in het nationale recht ook of uitsluitend een verjaringstermijn geldt, zien de lidstaten erop toe dat een dergelijke verjaringstermijn de consument in staat stelt de in artikel 14 bedoelde remedies uit te oefenen voor elk conformiteitsgebrek dat op het in de eerste alinea genoemde tijdstip bestaat en binnen de in de tweede alinea genoemde periode kenbaar wordt”). Dit betekent dat er altijd nog een voldoende termijn moet zijn om te handelen na het voor de consument redelijkerwijze kenbaar worden van het conformiteitsgebrek, en een eventuele duurzaamheidstermijn (die loopt vanaf de levering) niet tegelijk ook een verjaringstermijn kan zijn.

Dit spoort overigens met de korte verjaringstermijn bij verborgen gebreken naar Belgisch kooprecht, die immers slechts loopt vanaf de redelijke kenbaarheid van het gebrek<sup>14</sup>, en ook naar analogie wordt toegepast bij aanneming.<sup>15</sup> Een dergelijke korte termijn is dus niet strijdig met de Richtlijn Digitale inhoud (tenzij

<sup>13</sup> Zie voor de kenmerken die een verjaringstermijn onderscheiden van andere termijnen mijn “Perspektieven voor de bevrijdende verjaring in het vermogensrecht – met ontwerpbepalingen voor een hervorming”, *TPR* 1994, 1977-2046 = [tpr.be/logging/logpdf.php?file=content/1994/1994-1977\\_nr\\_8\\_e.v.\\_met\\_verwijzing\\_naar\\_in\\_het\\_bijzonder\\_K\\_SPIRO](http://tpr.be/logging/logpdf.php?file=content/1994/1994-1977_nr_8_e.v._met_verwijzing_naar_in_het_bijzonder_K_SPIRO).

<sup>14</sup> Cass. 4 mei 1939, *Ateliers du Kremlin/Ingersoll Rand, Pas.*, I, 223; Cass. 11 oktober 1979, *Ets A. Lapage/Piron, Arr.*, 106.

<sup>15</sup> Cass. 26 maart 2018, AR C.17.0314.N, *Pommery bvba*, [jure.juridat.just.fgov.be/view\\_decision.html?justel=N-20180326-1](http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20180326-1) = *RW* 2018-19, 980.

die bijzonder kort zou zijn; een termijn van twee maanden zou duidelijk in strijd komen met het Unierecht).

### 2.3.1.2. Bij in tijd beperkte continue terbeschikkingstelling

20. Hier is de consument niet definitief gerechtigd op een digitale inhoud of dienst, maar slechts voor een bepaalde duur – ofwel een vooraf bepaalde duur, ofwel een vooraf onbepaalde duur die bepaald wordt door beëindiging (opzegging) –; in dit geval moet de handelaar de conforme beschikbaarheid ervan wel gedurende die ganse duur handhaven. Die handhavingsplicht is intenser dan de verplichting onder artikel 8, lid 2 Richtlijn digitale inhoud om de updates te leveren die nodig zijn om de conformiteit van het goed of de dienst te “handhaven” gedurende de overeengekomen of redelijkerwijze te verwachten levensduur, maar strekt zich dus ook niet uit tot die levensduur. Na het verstrijken van de contractuele periode of duur heeft de consument geen “eigendomsrecht” meer op de digitale inhoud en geen recht op terbeschikkingstelling meer.

De Richtlijn bevat niets over de wijze van bepaling van die duur (inbegrepen bv. de opzeggingsmogelijkheden van de handelaar). Voor beperkingen aan de contractsvrijheid op dit punt moet men terugvallen op de Richtlijnen en wetgeving inzake onrechtmatige bedingen en inzake oneerlijke handelspraktijken.

21. Het is logisch dat in deze context niet dezelfde termijnen spelen als in het eerste geval.

Er is uiteraard geen aparte termijn waarna de bewijslast inzake de oorsprong van de non-conformiteit verspringt, aangezien de handelaar ook aansprakelijk is voor conformiteitsgebreken die hun oorsprong vinden tijdens de duur waarbinnen de inhoud of dienst ter beschikking moet zijn. Die bewijslast verspringt pas op het einde van die periode (art. 12, lid 3 Richtlijn digitale inhoud). De consument moet natuurlijk nog steeds bewijzen dat er een conformiteitsgebrek is (vgl. hoger) en beide partijen hebben een samenwerkingsplicht inzake bewijs (art. 12, lid 5 Richtlijn Digitale inhoud en overweging 60). Als de handelaar bewijst dat de digitale omgeving van de consument niet compatibel is, rust de bewijslast op de consument dat er desondanks nog steeds een gebrek aan conformiteit is (zie overweging 59 Richtlijn Digitale inhoud).

Wel rijst de volgende vraag: bij dit type contracten dient de consument ook bij aansprakelijkheid van de handelaar wel het evenredige deel van de prijs te betalen overeenstemmend met de periode waarin de inhoud of dienst wel conform was. Het is dus wel van belang te weten gedurende welk deel van de periode de inhoud of dienst conform was, en wie de bewijslast draagt over de periode voorafgaand aan het beroep daarop. Nu stelt artikel 12, lid 3 Richtlijn Digitale inhoud letterlijk dat “*de bewijslast met betrekking tot de vraag of de digitale inhoud of digitale dienst conform was gedurende de periode waarin de digitale inhoud of digitale dienst volgens de overeenkomst moet worden geleverd, op de handelaar (rust), voor zover*

het een conformiteitsgebrek betreft dat gedurende die periode duidelijk wordt”. Dit moet dus wellicht zo worden begrepen dat de handelaar moet bewijzen dat de inhoud of dienst gedurende een bepaalde periode wel conform was (om voor die periode wel recht op de prijs te behouden), bewijslast die zoals gezegd gemilderd wordt door de samenwerkingsplicht.

22. De contractuele periode is tegelijk de duurzaamheidstermijn. Ook wanneer de normale levensduur van de digitale inhoud korter is dan de contractuele duur, zal de handelaar door updating de beschikbaarheid ervan gedurende de gehele duur moeten garanderen, en zal hij dus aansprakelijk zijn voor elk conformiteitsgebrek dat zich voordoet of (redelijkerwijze) kenbaar wordt in die periode (art. 11, lid 3 Richtlijn Digitale inhoud). De lidstaten kunnen daarvoor bijvoorbeeld geen termijn van 2 jaar invoeren (art. 11, lid 3 *inuncto* lid 2 Richtlijn Digitale inhoud).

23. Natuurlijk kan – en moet – er hier wel sprake zijn van een termijn waarbinnen de consument bepaalde handelingen moet stellen om zijn rechten te behouden, en met name van een verjaringstermijn. Ook hier is een kennisgevingstermijn niet mogelijk (zoals gezegd, vervult de samenwerkingsplicht inzake bewijslevering van art. 12, lid 5 Richtlijn Digitale inhoud wel een deel van de functie daarvan). Wat de verjaringstermijn betreft, bepaalt artikel 11, 3, lid 2 Richtlijn Digitale inhoud dat de verjaringstermijn de consument in staat moet stellen de remedies uit te oefenen voor elk conformiteitsgebrek dat zich gedurende de periode voordoet of redelijkerwijze kenbaar wordt voor de consument.

Hieruit volgt dat er altijd nog een voldoende (verjarings)termijn moet zijn om te handelen na het redelijkerwijze kenbaar worden van het conformiteitsgebrek en dat de contractuele periode niet tegelijk ook een verjaringstermijn kan zijn. De vraag rijst of zulks ook betekent dat de aanspraken van de consument niet kunnen verjaren vooraleer de contractuele periode is afgelopen. Onder de Richtlijn Consumentenkoop 1999 oordeelde het Hof van Justitie dat de verjaringstermijn van één jaar in artikel 1649*quater* Belgisch BW (waarin de Richtlijn Consumentenkoop 1999 is omgezet), die begint te lopen vanaf het ontdekken van de non-conformiteit, ten vroegste 2 jaar na de levering kan aflopen, ook wanneer de garantietermijn slechts 1 jaar bedraagt.<sup>16</sup> Deze redenering kan men m.i. niet toepassen op de contracten tot terbeschikkingstelling gedurende een periode van digitale goederen of diensten, waarvoor er géén wettelijk bepaalde duurzaamheidstermijn geldt. Dergelijke contracten kunnen een duur hebben die veel langer is dan 2 jaar (al dan niet ingevolge stilzwijgende verlenging of niet-opzegging) en een termijn van 1 jaar die loopt vanaf het redelijkerwijze kenbaar worden van een

<sup>16</sup> Zo HvJ 13 juli 2017, *Ferenschild*, [curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-133/16](http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-133/16) = DCCR 2018, 100 noot S. JANSEN, “Garantie- vs. verjaringstermijn bij tweedehandsgoederen in de consumentenkoop: niet zomaar op dezelfde leest”.

conformiteitsgebrek, voldoet aan de vereiste van artikel 11, 3 Richtlijn Digitale inhoud.

### 2.3.2. Opschortingsrecht

24. Net zoals bij niet-levering, beschikt de consument ook bij conformiteitsgebreken over het recht om de nakoming van de eigen tegenprestatie op te schorten volgens nationaal recht (zo overweging 15 Richtlijn Digitale inhoud; vgl. *supra*).

### 2.3.3. Remedies en hiërarchie of keuze ertussen

25. De Richtlijn Digitale inhoud regelt de remedies van nakoming enerzijds en prijsvermindering of ontbinding anderzijds, en laat de schadevergoeding (*infra* § 4) in beginsel over aan het nationale recht.

#### 2.3.3.1. Recht op nakoming

26. Op de eerste plaats (primaire remedie) verleent artikel 14 Richtlijn Digitale inhoud de consument in beginsel een recht op nakoming (uitvoering in natura), nl. “*de digitale inhoud of digitale dienst conform laten maken*”. Anders dan bij materiële goederen (Richtlijn Consumentenkoop 1999 of 2019) is dit niet gespecificeerd als herstelling of vervanging, en kiest de handelaar de wijze waarop hij het – digitale – resultaat moet zien te bereiken (zo ook overweging 63 Richtlijn Digitale inhoud). Gezien de aard van de goederen of diensten, is dit terecht.

Artikel 14, 2 Richtlijn Digitale inhoud (besproken in overweging 65) bepaalt twee uitzonderingen op dit recht:

1° Ten eerste is er geen recht op nakoming indien deze onmogelijk is. Het kan zowel om een feitelijke als om een juridische onmogelijkheid gaan. Van een juridische onmogelijkheid kan er bijvoorbeeld sprake zijn indien een conforme inhoud of dienst noodzakelijk een inbreuk op een intellectueel recht van een derde zou inhouden en de handelaar niet in staat is daarvoor de toestemming te verkrijgen. De nakoming moet ook onmogelijk worden geacht indien de conforme levering of terbeschikkingstelling op een bepaald tijdstip essentieel is en niet heeft plaatsgehad (bv. film besteld voor een bepaald tijdstip, werd toen geleverd maar niet storingvrij; de consument moet een latere conforme nakoming niet aanvaarden).

De onmogelijkheid houdt nog niet in dat er geen andere remedies zijn, met andere woorden dat de handelaar niet aansprakelijk is; daarvoor is immers bewijs van overmacht vereist.

2° Ten tweede is er geen recht op nakoming indien dit onevenredige kosten meebrengt, een onevenredigheid die dient te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waaronder de waarde van een digitale inhoud of dienst die conform is, en de omvang van het gebrek. De onevenre-

digtheid berust dus niet op een vergelijking met een andere remedie en is in die zin een “absolute” en geen “relatieve” onevenredigheid. Als men evenwel inziet dat de consument recht blijft hebben op het positieve contractsbelang (ook bij ontbinding in plaats van nakoming, zie *infra* nr. 39), is die uitzondering toch vrij relatief: als de prestatie op de markt niet goedkoper kan worden gevonden dan wat het kost voor de handelaar-contractspartij, dan is er ook geen onevenredigheid met de waarde van een conforme prestatie. Het criterium van de ernst van het gebrek daarentegen kan wel een effectieve mildering inhouden. Op dit punt betekent de Richtlijn Digitale inhoud overigens een mildering ten aanzien van de rechtspraak onder de RCK, met name het bekende arrest *Weber en Putz*.<sup>17</sup>

Deze regels zijn m.i. gemakkelijk in te passen als regels van algemeen contractenrecht, wat ik dan ook aanbeveel te doen.

27. Artikel 14, 3 Richtlijn Digitale inhoud bepaalt aan welke vereisten de nakoming of zuivering moet voldoen:

- kosteloos (de handelaar mag ook geen kost aanrekenen omdat het intussen een update is, overweging 64 Richtlijn Digitale inhoud);
- binnen een redelijke termijn (er is geen vaste termijn voor alle gevallen);
- en zonder ernstige overlast voor de consument.

28. De plaats van uitvoering is bij verkoop op afstand van materiële goederen een pijnpunt<sup>18</sup>; maar gezien de beperkte kosten voor terugzending van digitale goederen voor herstelling, lijkt er geen bezwaar te zijn dat de consument de kosten moet dragen om het goed op de plaats van herstelling te brengen (plaats van uitvoering, die in beginsel door nationaal recht wordt bepaald volgens genoemd arrest).

Bij materiële goederen is een ander pijnpunt, geregeld in de Richtlijn Consumentenkoop 2019<sup>19</sup>, of de consument bij nakoming door vervanging van de goederen moet betalen voor het gebruik dat hij van het eerste goed gehad heeft. De Richtlijn Digitale inhoud zwijgt hierover, maar dat betekent niet dat dit aan het nationale recht wordt overgelaten. Bij een levering van een digitale inhoud ‘als dusdanig’ zal een vervanging zelden een grote impact hebben op de levensduur van die inhoud (d.i. deze verlengen), zodat er geen reden is om de consument een vergoeding te laten betalen voor deze eventueel langere levensduur. Bij een terbe-

<sup>17</sup> HvJ 16 juni 2011, *Weber/Wittmer en Putz/Medianess Electronics*, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-65/09.

<sup>18</sup> Waarover arrest HvJ 23 mei 2019, *Füllä/Toolport*, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-52/18, handelt.

<sup>19</sup> Art. 14, lid 4 Richtlijn Consumentenkoop 2019 bepaalt namelijk “*De consument hoeft niet te betalen voor normaal gebruik van de vervangen goederen in de aan de vervanging voorafgaande periode*”.

schikkingstelling voor een periode dient de consument te betalen voor de periode waarin de inhoud of dienst wel conform was, en is die gebruiksvergoeding eigenlijk gewoon de prijs voor een periode die contractueel was bepaald en geen bijkomende vergoeding die de consument zou verschuldigd zijn (bijkomende vergoeding die hij dus ook niet verschuldigd is).

### 2.3.3.2. Recht op ontbinding of prijsvermindering

29. Artikel 14, lid 4 Richtlijn Digitale inhoud bepaalt in welke gevallen de consument recht heeft op de “secundaire remedie”, zijnde ontbinding of prijsvermindering (over de verhouding tussen beide, zie volgend nr. 30). Op deze remedies (of een ervan) heeft de consument (slechts) recht in de volgende (vijf) gevallen:

- a) nadat hij eerst gepoogd heeft nakoming te verkrijgen, en de nakoming niet binnen een redelijke termijn en kosteloos gebeurd is (inbegrepen de gevallen waarin nakoming onmogelijk is of waarin de handelaar rechtmatig nakoming weigerde wegens de onevenredige kosten);
- b) als er opnieuw een gebrek aan conformiteit opduikt (art. 14, 4b Richtlijn Digitale inhoud);
- c) onmiddellijk als de nakoming onmogelijk is of de handelaar zich beroept op onevenredigheid (art. 14, lid 4a);
- d) onmiddellijk als de handelaar heeft verklaard, of uit de omstandigheden duidelijk blijkt, dat de handelaar de digitale inhoud of digitale dienst niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument conform zal maken (art. 14, lid 4<sup>e</sup> Richtlijn Digitale inhoud, overweging 65);
- e) onmiddellijk als het gebrek aan conformiteit ernstig is (art. 14, 4d Richtlijn Digitale inhoud).

Er is dus een “zwakke” of milde hiërarchie van remedies zoals in de Richtlijn Consumentenkoop 2019 en de Richtlijn Consumentenkoop 1999.

Deze regels vormen eveneens een volledige harmonisatie; de lidstaten dienen deze beperkte hiërarchie dus te behouden en kunnen bijvoorbeeld de secundaire remedie niet ook in andere gevallen toekennen, tenzij op basis van hun gemeenschappelijke regeling inzake verborgen gebreken (zie *infra*); dit is enigszins anders in de Richtlijn Consumentenkoop 2019 (art. 3, lid 7).

30. Wat de keuze tussen ontbinding en prijsvermindering betreft, geldt dat bij contracten tegen een vergoeding in geld, de ontbinding niet mogelijk is als het gebrek gering is (bewijslast bij de handelaar) (art. 14, lid 5 en 6 Richtlijn Digitale inhoud). Bij geringe gebreken moet de consument tevreden zijn met een prijsvermindering, tenzij de inhoud of dienst werd geleverd in ruil voor persoonlijke data (in welk geval prijsvermindering dus niet in aanmerking komt als remedie, zodat de keuze steeds ontbinding is, overweging 67).



Ook deze regels lijken met enkele nuances te kunnen gelden als algemene regels van contractenrecht, zij het dat bij niet-consumentencontracten het criterium voor ontbinding wellicht best iets strenger zou zijn.

#### 2.3.3.3. Omvang van de prijsvermindering

31. Artikel 14, lid 5 (en overweging 67) Richtlijn Digitale inhoud bepaalt de omvang van de prijsvermindering. Die wordt berekend volgens de verhouding tussen een prestatie die conform is en de geleverde prestatie, dus volgens het “positief contractsbelang”.

Bij overeenkomsten tot continue levering betekent dit dat het gaat om de waarde van de periode gedurende dewelke de consument de prestatie niet kon genieten (art. 14, 5, lid 2; en overweging 66 Richtlijn Digitale inhoud).

Conceptueel is de prijsvermindering dus een gedeeltelijke ontbinding veeleer dan een schadevergoeding.

#### 2.3.3.4. Nader over de ontbinding

32. De ontbinding vindt plaats, indien aan de overige vereisten is voldaan, door een eenzijdige verklaring van de consument (art. 15 Richtlijn Digitale inhoud). Er zijn geen vormvereisten, maar de consument draagt de bewijslast dat de kennisgeving gebeurd is. De Richtlijn Digitale inhoud bepaalt ook niet dat die kennisgeving het gebrek moet aangeven (wat wel vereist is bij de aanmaning tot nakoming).

Zoals bij ontbinding van andere overeenkomsten is het van belang een onderscheid, dat jammer genoeg vaak niet gemaakt wordt of niet begrepen, in het oog te houden tussen enerzijds het *ingaan* van de ontbinding en anderzijds de *omvang* van de ontbinding.<sup>20</sup>

Het tijdstip van *ingaan* van de ontbinding bepaalt vanaf wanneer de partijen bevrijd zijn van hun verbintenissen voor de toekomst en vanaf wanneer voor het reeds geleverde restitutieverbintenissen ontstaan (de Belgische doctrine verwacht deze restitutieverbintenissen met retroactiviteit, die eigenlijk op de zakelijke werking van de ontbinding doelt: de restitutieverbintenissen daarentegen zijn een gevolg van de ontbinding dat ontstaat met het ingaan van die ontbinding).

De *omvang* van de ontbinding is de vraag of de gehele overeenkomst wordt ontbonden dan wel slechts een deel ervan, al dan niet gedefinieerd als de prestaties van een bepaalde periode of voor een bepaald tijdstip. Dat tijdstip hoeft helemaal niet noodzakelijk samen te vallen met het tijdstip van ingaan van de ontbinding.

<sup>20</sup> Zie mijn bijdrage “Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten”, *TBBR* 1991, 101-119 = [www.storme.be/ontbinding.pdf](http://www.storme.be/ontbinding.pdf).

33. Men mag ervan uitgaan dat onder de Richtlijn Digitale inhoud de ontbinding ingaat wanneer de kennisgeving de wederpartij bereikt (vgl. art. I. – 1:109(3) DCFR), zij het dat mocht er een termijn gelden voor ontbinding (*quod non*), de tijdigheid ervan wordt bepaald door het tijdstip van verzending (vgl. art. 11, lid 2 Richtlijn Consumentenrechten 2011/83).

34. Betreft de overeenkomst slechts een (of meerdere) levering(en) als dusdanig, dan heeft de ontbinding noodzakelijk daarop betrekking, alsook op de gehele tegenprestatie, dus op de gehele overeenkomst. Bij een bundel individuele prestaties heeft de ontbinding echter enkel betrekking op het niet-conforme deel, tenzij “*van de consument niet redelijkerwijs kan worden verwacht dat hij alleen de conforme goederen zal willen houden*” (art. 16, lid 2 Richtlijn Digitale inhoud). Dit stemt overeen met het huidige Belgische recht (zie hoger randnr. 4).

Bij een overeenkomst tot continue prestatie treft de ontbinding enkel dat deel van de periode waarin de prestatie niet conform was en het daarmee overeenstemmende deel van de prijs (art. 16, lid 1 II en *a contrario* art. 17, lid III Richtlijn Digitale inhoud, overweging 68 Richtlijn Digitale inhoud). Zoals gezegd, is het niet het tijdstip van ingaan van de ontbinding dat hiervoor relevant is.

Ook dit stemt overeen met het huidige Belgische recht, al zijn de rechtspraak en doctrine daarover wel eens verward. Onze rechtspraak blijft er immers moeite mee hebben om bij duurovereenkomsten en overeenkomsten met opeenvolgende prestaties het ingaan van de ontbinding (bij gerechtelijke ontbinding in beginsel op de datum van dagvaarding) en de omvang ervan te onderscheiden<sup>21</sup> – zie bijvoorbeeld voor een niet voldoende onderscheidend arrest Cass. 5 juni 2009<sup>22</sup>: *in casu* correct maar in te algemene bewoordingen. In Cass. 19 november 2009<sup>23</sup> werd het ingaan van de ontbinding – nl. op datum van de dagvaarding – wel onderscheiden van de gevolgen van de ontbinding (een arrest dat de ontbinding van de huur uitwerking gaf voor de periode vanaf de dagvaarding, hoewel de huurder die de ontbinding vorderde, het goed nog een tijd nadien bleef gebruiken, werd verbroken).

35. Onder de Richtlijn Digitale inhoud blijft de vraag onopgelost of een ontbinding zich uitstrekt tot accessoire overeenkomsten inzake digitale inhoud of diensten, die ten gevolge van de ontbinding van de hoofdovereenkomst ook niet meer leveren wat de consument ervan mocht verwachten. CLAEYS en VANCOILLIE geven het voorbeeld van de muziekbestanden die niet meer bruikbaar zijn ten

<sup>21</sup> Duidelijk het onderscheid maken doet bv. wel B. VAN DEN BERGH, *RW* 2011-12, (648), nr. 6.

<sup>22</sup> [jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=N-20090605-1](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20090605-1).

<sup>23</sup> Cass. 19 november 2009, AR C.08.0459.N, [jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=N-20091119-2](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20091119-2), *TBH* 2010, 494.

gevolge van de onbruikbaarheid van de software om ze af te spelen of toegankelijk te maken<sup>24</sup> (zie voor de principes hoger, randnr. 5).

36. Het ontbonden deel bepaald zijnde, kunnen we de gevolgen van de ontbinding nader bepalen. De bevrijding van nog niet uitgevoerde verbintenissen en restitutie van reeds geleverde prestaties heeft immers enkel betrekking op het ontbonden deel van de overeenkomst.

Die restitutieverbintenissen worden nader geregeld in de artikelen 16 tot 18 Richtlijn Digitale inhoud.

Artikel 16 behandelt de verbintenissen van de handelaar die uit de ontbinding voortvloeien:

- a) (art. 16, 1) de terugbetaling van de prijs van het ontbonden deel, en dit zonder kosten aan te rekenen voor die terugbetaling; of er een korting mag worden afgetrokken voor de waardedaling, de vernietiging of het verlies van de goederen, wordt overgelaten aan het nationale recht (overweging 53 Richtlijn Digitale inhoud); maar uit de tekst van de Richtlijn Digitale inhoud volgt wel dat aan de consument géén prijs mag worden aangerekend voor het gebruik van de te restitueren prestatie (tenzij bij continue prestaties, maar daar is het een beperking van de omvang van de ontbinding);
- b) (art. 16, 2) de naleving van de verplichtingen uit hoofde van de AVGB (Verordening (EU) 2016/679, “GDPR”) met betrekking tot de persoonsgegevens van de consument, wat in beginsel zal neerkomen op het overdragen van de gegevens (recht op draagbaarheid van data in art. 20 AVGB) en vervolgens wissen van de gegevens, gezien het beginsel van beperking van opslag in artikel 5 (1) AVGB;
- c) (art 16, 3 en overweging 69) afzien van het gebruik van andere inhoud verstrekt of geschapen door de consument, met een viertal uitzonderingen:
  - gezamenlijk geschapen door consument en anderen, en consument mag blijven gebruiken (3d);
  - door consument gemaakte inhoud heeft geen nut buiten de context van door de handelaar geleverde (3a);
  - houdt enkel verband met zijn activiteit bij het gebruik van de prestatie (3b);
  - samengevoegde praktisch niet ontvlechtsbaar (3c);
- d) (art. 16, 4°) op verzoek van de consument diezelfde gegevens ter beschikking stellen aan de consument (art. 16 lid 4, overweging 70) indien binnen redelijke termijn opgevraagd (overweging 71); dit moet geschieden in een leesbaar gegevensformaat; kosten mogen enkel aangerekend worden voor zover veroorzaakt door de eigen digitale omgeving van de consument (overweging 71).

<sup>24</sup> I. CLAEYS en J. VANCOILLIE, “Remedies, Modification of Digital Content and Right to terminate Long-Term Digital Contracts” in I. CLAEYS en E. TERRY (eds.) *Digital Content & Distance Sales : New Developments at EU Level*. Antwerpen, Intersentia, 2017, (167) 211.

37. Artikel 17 behandelt de verbintenissen van de consument die uit de ontbinding voortvloeien:

- a) (art. 17, lid 1 Richtlijn Digitale inhoud, overweging 72) afzien van het gebruik van de digitale inhoud of digitale dienst en van de terbeschikkingstelling daarvan aan derden;
- b) (art. 17, lid 2) teruggave van de materiële gegevensdrager indien deze door de handelaar wordt teruggevraagd binnen 14 dagen;
- c) de handelaar mag de toegang voor de consument onmogelijk maken (art. 16 lid 5 Richtlijn Digitale inhoud).

Wat tijdstip en volgorde betreft, gaan de negatieve verbintenissen onmiddellijk in en kunnen zij niet opgeschort worden tot de tegenpartij positieve verbintenissen (terugbetaling prijs, overhandiging inhoud) nakomt. De consument heeft ook geen recht om de teruggave van de materiële drager op te schorten tot de handelaar terugbetaalt. Artikel 17, lid 2 Richtlijn Digitale inhoud voorziet immers uitdrukkelijk een bepaalde (andere) volgorde van de restitutieprestaties: de handelaar die tijdig de materiële drager terugvraagt, moet maar terugbetalen na ontvangst van het goed of bewijs van verzending ervan (en beschikt dan over 14 dagen).

#### 2.3.3.5. Informatie over remedies en taak van de rechter

38. Enkele bijkomende regels kan men uit andere bronnen van Unierecht afleiden.

Zo zijn handelspraktijken die een consument kunnen misleiden over zijn remedies (recht op vervanging of terugbetaling), een onrechtmatige handelspraktijk volgens artikel 6, § 2, 6 Richtlijn Onrechtmatige handelspraktijken.

Zo moet de rechter bij een geschil de consument zo nodig informeren over de remedies waartussen hij kan kiezen. Minstens kan hij de eis van een consument niet gewoon afwijzen omdat deze de verkeerde remedie kiest, zonder hem over de alternatieve remedies te informeren, zo besliste het Hof van Justitie in *Duarte Hueros*.<sup>25</sup>

#### 2.3.4. (Recht op) schadevergoeding

39. Artikel 3, 10 Richtlijn Digitale inhoud laat de regeling van het recht op schadevergoeding bij wanprestatie over aan de lidstaten. Evenwel moet het nationale recht daarbij bepaalde beginselen eerbiedigen; uit de tekst van de Richtlijn Digitale inhoud volgt m.i. dat de consument gerechtigd is op de vergoeding van het positieve contractbelang, dus in de positie moet worden geplaatst waarin die zou zijn geweest bij correcte nakoming. In de Richtlijn Consumentenkoop 2019 is dit nog duidelijker het geval, gezien de tekst van overweging 61 Richtlijn Consumenten-

<sup>25</sup> HvJ 3 oktober 2013, *Duarte Hueros/Citroën España*, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-32/12.

tenkoop 2019. De lidstaten moeten overigens de beginselen van equivalente en effectieve rechtsbescherming eerbiedigen, die *in casu* tot die conclusie moeten leiden. Die maatstaf is ook nu reeds de maatstaf van het Belgische recht.<sup>26</sup>

Natuurlijk zal de wijze van berekening van het positieve contractsbelang verschillen naargelang het gaat om schadevergoeding in plaats van nakoming, schadevergoeding ter compensatie van ontbinding, en schadevergoeding voor bijkomende gevolgschade. Die laatste betreft in geval van ontbinding de schade die niet reeds gedekt wordt door de bevrijding van de niet uitgevoerde verbintenissen plus restitutie van de reeds uitgevoerde verbintenissen.

De vraag rijst wel of, gezien het recht van de consument op volledige vergoeding van het positieve belang, de beperkingen daarop in de Belgische rechtspraak inzake verborgen gebreken houdbaar zijn.<sup>27</sup> Naar Belgisch recht is de verkoper slechts tot de gevolgschade gehouden indien hij het gebrek kende of behoorde te kennen. Volgens de cassatierechtspraak geldt daarbij een verregaande onderzoeksplicht voor de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper (en enkel voor hen) en moet de rechter daarbij uitgaan van de specialisatiegraad en de technische competenties van de verkoper in kwestie.<sup>28</sup> Dit sluit echter niet uit dat ook in andere gevallen een niet-gespecialiseerde verkoper op grond van concrete gegevens geacht kan worden het gebrek te kennen en zich dus niet te kunnen exoneren voor gevolgschade.<sup>29</sup>

Nu laat de Richtlijn Digitale inhoud de exceptie van overmacht over aan het nationale recht; m.i. kan deze inperking daaronder worden gebracht. Dat betekent daarom nog niet dat het goed zou zijn om ook de rest van het regime inzake verborgen gebreken apart te behouden.

### 2.3.5. Bijkomende remedies in nationaal recht?

40. Artikel 3 (10) Richtlijn Digitale inhoud stelt dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan het recht van de lidstaten om te voorzien in regels betreffende algemene aspecten van het overeenkomstenrecht, zoals regels inzake de totstandkoming, de geldigheid, de nietigheid of de gevolgen van overeenkomsten, met inbegrip van de gevolgen van de ontbinding van een overeenkomst voor zover zij niet in deze richtlijn worden geregeld, of het recht op schadevergoeding.

Anders dan in de Richtlijn Consumentenkoop 2019 wordt hier niet gesteld dat er “geen afbreuk wordt gedaan aan de nationale voorschriften die niet specifiek

<sup>26</sup> Voor het beginsel: Cass. 13 oktober 2011, AR C.10.0642.N, [jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=N-20111013-15](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20111013-15).

<sup>27</sup> Vgl. I. CLAEYS en J. VANCOILLIE in *Digital Content & Distance Sales : New Developments at EU Level*, (167) 213.

<sup>28</sup> Cass. 7 april 2017, AR C.16.0311.N, *Cevoman nv/Sablères de Rossart nv*, [jure.juridat.just.fgov.be/view\\_decision.html?justel=N-20170407-3](http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20170407-3) = RW 2018-19, 347.

<sup>29</sup> Cass. 18 februari 2019, AR C.18.0346.N, [jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=N-20190218-3](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20190218-3).

van toepassing zijn op consumentenovereenkomsten en die voorzien in specifieke remedies voor bepaalde soorten gebreken die niet zichtbaar waren bij de sluiting van de koopovereenkomst”.

Maar overweging 12 zegt wel: “Deze richtlijn mag evenmin raken aan nationale regelgeving die niet specifiek verband houdt met consumentenovereenkomsten en die voorziet in specifieke remedies voor bepaalde soorten gebreken die niet duidelijk waren op het moment van de sluiting van de overeenkomst, namelijk nationale bepalingen die eventueel specifieke regels bevatten inzake de aansprakelijkheid van de handelaar voor verborgen gebreken”.

De vraag rijst of die overweging voorrang heeft op een m.i. toch andersluidende tekst ...

41. In ieder geval beveel ik sterk aan om geen dubbel regime in stand te houden. De implementatie van de Richtlijn Digitale inhoud kan immers gebeuren op een wijze die dicht aanleunt bij het bestaande regime van vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop, maar zonder de gebreken ervan. Immers:

- de Richtlijn Digitale inhoud staat geen protesttermijn toe, maar die is er ook niet echt in de vrijwaringsregeling;
- de Richtlijn Digitale inhoud legt geen maximumtermijn op voor het opduiken van het gebrek; die is er ook niet in de vrijwaringsregeling;
- de Richtlijn Digitale inhoud staat verjaring toe onder de hoger bepaalde voorwaarden; naar Belgisch recht is er weliswaar een korte verjaringstermijn, maar die loopt slechts vanaf het tijdstip waarop het gebrek redelijkerwijze kenbaar wordt en beantwoordt dus wel aan de Richtlijn Digitale inhoud; bovendien kan nationaal recht de schorsing en stuiting van die verjaring moduleren;
- de vrijwaringsregeling kent traditioneel geen recht op nakoming (hoewel art. 1604 I BW dit eigenlijk wél oplegt in de koop, nl. een goed leveren dat met de overeenkomst in overeenstemming is, evenwel miskend en weggere-deneerd in Cass. 19 oktober 2007<sup>30</sup>), maar dat is dwingend aanwezig in de Richtlijn Digitale inhoud;
- de schadevergoeding bovenop de ontbinding (*actio redhibitoria*) of prijsvermindering (*actio aestimatoria*) is sowieso overgelaten aan nationaal recht.

Bovendien is de vrijwaringsregeling bij aanneming van werk en diensten onduidelijk in ons huidige recht, terwijl de Richtlijn Digitale inhoud ook contracten omvat die *de lege lata* als dusdanig te kwalificeren zijn.

Kortom, het is veel beter om binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn Digitale inhoud die vrijwaringsregeling af te schaffen (zie nadere aanbevelingen in het laatste deel) en hetzelfde te doen voor de consumentenkoop (nu de Richtlijn Consumentenkoop 2019 toelaat de duurzaamheidstermijn van twee jaar af te schaffen).

<sup>30</sup> TBH 2008, 152 noot H. DE WULF = RCJB 2010, 5 noot F. GLANSDORFF.

## 2.4. NIET-NALEVING GDPR

42. De Richtlijn Digitale inhoud regelt niet specifiek de remedies van de consument bij niet-naleving van de regels inzake de bescherming van persoonsgegevens. De remedies van de AVGB blijven ook tussen contractspartijen gelden, stelt artikel 3, § 8 Richtlijn Digitale inhoud.

Indien de niet-naleving tegelijk ook een conformiteitsgebrek is (bv. een programma heeft niet de veiligheid die men ervan mag verwachten), dan gelden ook de contractenrechtelijke remedies van de Richtlijn Digitale inhoud (overweging 48).

## 3. REMEDIES VOOR NIET-NAKOMING VAN DE VERBINTENIS VAN DE CONSUMENT

43. De remedies voor niet-nakoming van de verbintenis van de consument worden als dusdanig niet geregeld door de Richtlijn Digitale inhoud, enkele aspecten ervan wel onrechtstreeks, met name inzake niet-toerekenbare tekortkomingen van de consument.

Zo worden de gevolgen van een niet-toerekenbare tekortkoming (met name overmacht) van de consument volgens overweging 14 geregeld door nationaal recht (iets wat zich overigens zelden zal voordoen).

44. De consument heeft krachtens de AVGB het recht om zijn persoonsgegevens in te trekken en te doen wissen (overweging 39 Richtlijn Digitale inhoud herinnert daaraan); maar de Richtlijn Digitale inhoud regelt de gevolgen daarvan op de overeenkomst niet (overweging 40 Richtlijn Digitale inhoud) en laat dit over aan nationaal recht. Het ligt voor de hand dat nationaal recht zou bepalen dat de consument dan geen recht meer heeft op de digitale inhoud of diensten waarvoor zij de tegenprestatie vormen. Wel regelt de AVGB welke gevolgen dit heeft voor het gebruik dat de handelaar ervan mag maken (in beginsel geen, met name als de toestemming van de persoon de enige grond voor een gebruiksrecht was).

45. De Richtlijn Digitale inhoud geeft de consument zoals hoger besproken een beëindigingsrecht bij bepaalde (rechtmatige) wijzigingen aangebracht door de handelaar (indien daardoor de toegang of het gebruik meer dan gering worden beperkt) (zie art. 19 en overweging 75).<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Alsook D. STAUDENMAYER, *NjW* 2019, 2501.

## 4. VERHOUDINGEN MET DERDEN

### 4.1. CONSUMENT JEGENS DERDE

46. Ook de verhouding van de consument jegens een derde wordt overgelaten aan het nationale recht (overweging 12 *in fine* en 13 Richtlijn Digitale inhoud).

Naar Belgisch recht kan de consument dus een zogenaamde rechtstreekse vordering (eigenlijk een kwalitatief recht) hebben tegen de voorgangers van de handelaar, voor zover er een eigendom is overgegaan tussen handelaar en consument (en ongeacht de kwalificatie van de overeenkomst<sup>32</sup>); met die eigendom verkrijgt de consument ook de aanspraken van zijn leverancier op diens rechtsvoorgangers. Deze zgn. rechtstreekse vordering is géén andere schuldvordering dan die welke is ontstaan tussen de schuldenaar van die schuldvordering en de persoon op wiens naam deze is ontstaan. De schuldenaar van de kwalitatieve schuldvordering kan in beginsel alle verweermiddelen inroepen uit die dekkingsverhouding. Zie voor een nadere bespreking de bijdrage van B. KEIRSBILCK in deze bundel.

### 4.2. REGRES VAN DE HANDELAAR UPSTREAM

47. Artikel 20 Richtlijn Digitale inhoud en overweging 78 stellen dat er een regresrecht moet zijn, maar de regeling wordt overgelaten aan het nationale recht, dat daarbij het equivalentie- en het effectiviteitsbeginsel moet eerbiedigen. Zie voor een nadere bespreking de bijdrage van B. KEIRSBILCK in deze bundel.

### 4.3. RECHTSOPVOLGERS VAN DE CONSUMENT

48. Een interessante vraag, die echter evenmin door de Richtlijn Digitale inhoud zelf wordt geregeld, is in hoeverre de rechten van de consument op digitale inhoud of diensten overdraagbaar zijn aan derden (wat iets anders is dan de grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten voor de consument zelf, waarover de Portabiliteitsverordening 2017/1128<sup>33</sup> handelt). Dit hangt onder meer samen met de omvang van het uitputtingsbeginsel voor auteursrecht en andere intellectuele rechten.

<sup>32</sup> Bv. Brussel 9 november 2004, RW 2007-08, 152, bij koop na aanneming na koop.

<sup>33</sup> Verord. 2017/1128 van 14 juni 2017 betreffende grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten in de interne markt, data.europa.eu/eli/reg/2017/1128/2017-06-30.



## 5. ENKELE AANBEVELINGEN VOOR OMZETTING

49. Zoals hoger reeds onderbouwd, adviseer ik op de eerste plaats om de regeling inzake vrijwaring voor verborgen gebreken af te schaffen binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn Digitale inhoud (en de Richtlijn Consumentenkoop 2019). Wel adviseer ik om voor alle remedies voor non-conformiteit een relatief korte verjaring in te voeren – bij voorkeur één jaar – die loopt vanaf het tijdstip waarop de consument het gebrek redelijkerwijze had moeten kennen (vermits er géén protesttermijn kan worden ingevoerd). Dit sluit aan bij het huidige artikel 1649*quater* BW inzake consumentenkoop.

Wel te behouden is de onderzoeksplicht van de gespecialiseerde verkoper die traditioneel gekoppeld wordt aan de vrijwaringsregeling, maar eigenlijk een zelfstandige verplichting is van de gespecialiseerde verkoper (*spondet peritiam artis*). Bij omzetting kan dit worden behouden om de hoger aangehaalde redenen.

Overigens meen ik dat het hele kooprecht op dit punt best eindelijk in lijn wordt gebracht met het dominante model, dat een gezamenlijke regeling omvat voor non-conformiteit (CISG- én RCK-model) in plaats van een opsplitsing tussen zichtbare gebreken (leveringsplicht) en verborgen gebreken (vrijwaring).

50. Vervolgens adviseer ik om de regels inzake digitale inhoud en diensten ook *überschießend* in te voeren voor dergelijke contracten die niet B2C zijn (wat mag volgens overweging 16 Richtlijn Digitale inhoud), maar dan natuurlijk wel in beginsel als regels van aanvullend in plaats van dwingend recht. Deze materie is immers niet wettelijk geregeld en een regeling ervan is zeer nuttig.

51. Verder beveel ik aan om een uniforme regeling voor conformiteit en remedies voor non-conformiteit in te voeren in het algemeen contractenrecht, minstens voor consumentencontracten, en indien mogelijk voor alle contracten – zij het voor niet-B2C-contracten in beginsel opnieuw aanvullend in plaats van dwingend.

Ons algemeen contractenrecht gaat nu reeds vaag uit van de combinatie van objectieve en subjectieve conformiteit voor *alle* contracten:

- een vereiste van objectieve conformiteit, nl. dat de prestatie van normale kwaliteit moet zijn (impliciet art. 1246 BW, al geldt die regel als dusdanig niet voor specifieke zaken, waarvoor de Code Civil immers de regeling van verborgen gebreken opnam);
- behoudens strengere of mildere standaarden bij overeenkomst (subjectieve conformiteit);
- met mildere regels voor de meeste overeenkomsten waarbij de goederen of diensten kosteloos worden toegezegd (schenking, bruikleen, kosteloze bewaargeving ...).

De nadere concretisering daarvan voor koop in onder meer artikel 1641 BW (subjectieve conformiteit) en voor consumentenkoop in artikel 1649<sup>ter</sup> BW (omzetting RCK1999) zal enigszins moeten worden aangepast en een vergelijkbare regeling moeten we alvast ook hebben voor digitale inhoudscontracten. De regels van de consumentenkoop zijn overigens van toepassing op overeenkomsten tot levering van nog te fabriceren goederen, zelfs indien deze op maat worden gemaakt (zie art. 1649, § 3 BW en RCK2019). Tegelijk is er nu al een tendens om die criteria voor conformiteit ook toe te passen op prestaties verschuldigd krachtens andere overeenkomsten dan koop-verkoop.<sup>34</sup>

Er is in Europa sowieso een tendens om meer zaken op het niveau van het algemeen contractenrecht te regelen, ongeacht de kwalificatie als bijzondere overeenkomst<sup>35</sup>, en dit is hier duidelijk ook het geval. Het Ontwerp-GRK (DCFR)<sup>36</sup> kan hier als voorbeeld dienen.

Behalve in de Richtlijn Digitale inhoud zit er ook in de Richtlijn Consumentenkoop 2019 een soort updateplicht bij koopovereenkomsten, waardoor de grens tussen koop en aanneming een stuk moeilijker wordt.<sup>37</sup> Ook in andere opzichten verschuift de verkoop naar een overeenkomst met aanvullende of voortdurende verplichtingen, zoals een waarschuwingsplicht bij later opduikende problemen (*recall*), of om minstens de verpakking terug te nemen en ook het goed zelf na gebruik terug te nemen en te behandelen in overeenstemming met de reglementering voor dat soort goederen (inb. mogelijke recyclageverplichtingen) (zie bv. art. 7 Richtlijn 94/62/EG betreffende verpakking en verpakkingsafval<sup>38</sup>).

Omgekeerd blijven consumenten verzwakt achter wanneer koopovereenkomsten vervangen worden door dienstencontracten (*servitisation*), indien er geen gelijkaardige regels gelden bij koop en bij dienstenovereenkomsten.<sup>39</sup>

De Richtlijn Digitale inhoud bevat grotendeels uniforme regels voor drie types situaties; het feit dat sommige regels verschillen zou kunnen doen denken dat het gemakkelijk is dit dan maar in te passen in de bestaande contracttypes. M.i. zou dat fout zijn. Zo maakt de updateverplichting het niet mogelijk om de dingen

<sup>34</sup> Zie hierover uitvoerig F. DE ELIZALDE, “Should the Implied Term Concerning Quality Be Generalized? Present and Future of the Principle of Conformity in Europe”, 25 *European Review of Private Law* 2017, 71-107.

<sup>35</sup> Vgl. o.a. C. WENDEHORST “Die Digitalisierung und das BGB”, *NjW* 2016, (2609) 2611; M. WENDLAND, “Die neue europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines digitalen Vertragsrechts für Europa”, *ZVglRWiss* 2019, (191) 224.

<sup>36</sup> C. VON BAR, E. CLIVE and H. SCHULTE-NÖLKE, and H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, P. SCHLECHTRIEM†, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO and F. ZOLL, *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Berlin, Sellier, 2009, ook via [www.storme.be/DCFR.html](http://www.storme.be/DCFR.html).

<sup>37</sup> Vgl. M. ZINNER, “Was vom CESL übrigblieb – Neues Verbrauchervertragsrecht mit digitalem Einschlag”, *VuR* 2019, 241.

<sup>38</sup> [Data.europa.eu/eli/dir/1994/62/oj](http://Data.europa.eu/eli/dir/1994/62/oj).

<sup>39</sup> Zie nogmaals V. MAK en anderzijds E. TERRY, B. KEIRSBILCK en E. VAN GOOL, *Preadviezen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2019*, Boom juridische uitgevers, 2019.

netjes over bestaande contracttypes te verdelen. Het geldende Engelse recht heeft er dan ook voor gekozen dit niet in te passen in de bestaande contracttypes (Consumer Rights Act 2015). In Nederland is er tot nu toe enkel een overeenkomstige toepassing van de koopregels (in art. 7:5, lid 5 Nederlands BW), die echter wellicht niet houdbaar is in het licht van de omzettingsverplichting van de Richtlijn Digitale inhoud.<sup>40</sup>

Kortom, de verplichting tot omzetting van de Richtlijn Digitale inhoud is een uitstekende gelegenheid om in het algemeen contractenrecht uitgewerkte conformiteitsregels te hebben voor contracten inzake levering van goederen of diensten onder bezwarende titel, en slechts enkele bijzondere regels in de afzonderlijke bijzondere overeenkomsten.

Tot op zekere hoogte gelijke regels voor koop en aanneming vermijdt reeds vele discussies over kwalificaties, die *in se* niets bijbrengen.

Dergelijke conformiteitsplicht ontbreekt bijvoorbeeld geheel in het voorontwerp nieuw verbintenissenrecht; ze wordt er zelfs niet in besproken. Wellicht heeft dit te maken met het feit dat men geprobeerd heeft het algemeen contractenrecht te hercodificeren zonder te kijken naar de bijzondere overeenkomsten, wat een jammerlijk verkeerde aanpak was.

Het is dan ook te hopen dat de verplichting tot omzetting van de Richtlijn Digitale inhoud en de Richtlijn Consumentenkoop 2019 een aanleiding vormt om een ontwerp verbintenissenrecht te maken dat in veel sterkere mate mede uitgaat van de belangrijkste bijzondere overeenkomsten, namelijk koop en aanneming, en van de hedendaagse systematiek die in het algemeen verbintenissenrecht en in het kooprecht wordt gehanteerd in de meeste recente codificaties of instrumenten voor harmonisatie.

<sup>40</sup> Zie kritiek van o.m. C. JELOSCHKE en V. VAN DRUENEN, “De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand”, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2013/2, 36 e.v.; E. NEPELENBROEK, “Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!”, *NJB* 2014, 2260 = [www.njb.nl/blog/stop-het-consumentenkooprecht-voor-digitale.10830.lynkx](http://www.njb.nl/blog/stop-het-consumentenkooprecht-voor-digitale.10830.lynkx).

