

Voorwoord

Vier jaar geleden ben ik gestart met het schrijven van dit proefschrift over een actueel onderwerp dat nog steeds in ontwikkeling is met de implementatie van de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770) in de zeer nabije toekomst. Op het moment van afronden en drukklaar maken van het boek was het wetsvoorstel ter implementatie van deze richtlijn en de Richtlijn verkoop goederen (2019/771) nog niet gepubliceerd. Daarom is in het proefschrift verwezen naar het ‘Voorontwerp implementatie richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud’ van december 2019.¹ In februari 2021 is het wetsvoorstel gepubliceerd hetgeen het belang van dit onderzoek onderstreept.²

Ik heb met veel plezier aan het onderzoek gewerkt. Bovendien was het een heel leerzaam proces. Voor het goede verloop van het proefschrifttraject ben ik veel dank verschuldigd aan mijn promotoren, Stéphanie van Gulijk en Vanessa Mak. Zij hebben mij steeds van zeer waardevolle en heldere feedback voorzien. Daarnaast ben ik dank verschuldigd aan de overige leden van de promotiecommissie. Mijn dank gaat ook uit naar mijn paranimfen en collega’s Lianne Wijntjens en Charlotte Zegveld en alle overige collega’s.

Ik ben tot slot veel dank verschuldigd aan mijn ouders, Jos en Lily Op Heij, mijn zus Rachelle Op Heij en mijn partner Roy Schellen. Bijzonder is dat tijdens het proefschrifttraject onze kinderen Pim en Zoë Schellen zijn geboren. Hoe klein jullie ook nu nog zijn: ik hoop dat jullie het proefschrift ooit zullen lezen.

-
1. Concept regeling implementatiewetsvoorstel richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, via internetconsultatie.nl/verkoop_goederen_levering_digitale_inhoud (laatst geraadpleegd op 2 maart 2021).
 2. eerstekamer.nl/wetsvoorstel/35734_implementatiewet_richtlijnen (laatst geraadpleegd op 2 maart 2021). Zie voor het wetsvoorstel *Kamerstukken II 2021/21, 35734, nr. 2*.

*'In a perfect world, the law would be clear, certain, and comprehensible. The reality is some way from this. Law in all jurisdictions is a dynamic organism subject to the vicissitudes of social, political, and moral values, so it behaves us to learn as much as we can from each other about what to do as new problems arise.'*³

3. S. Worthington, 'The unique charm of the common law', *ERPL* 2011, afl. 3/4, p. 360.

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Probleemanalyse en relevantie

Dat digitalisering de afgelopen jaren een hoge vlucht heeft genomen, zal niemand vreemd in de oren klinken.⁴ Een vorm van digitalisering is de opkomst van digitale inhoud als onderwerp van contractvorming. Het begrip digitale inhoud is in het Burgerlijk Wetboek opgenomen en wordt gedefinieerd als: ‘gegevens die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden’ (art. 6:230g lid 1 onder i BW). Apps, software en gestreamde muziek zijn voorbeelden van digitale inhoud.⁵ Apps en standaardsoftware kan de consument downloaden op zijn computer of smartphone, terwijl de consument in geval van gestreamde digitale inhoud toegang verkrijgt tot films of muziek.⁶

Het gaat in dit onderzoek om het gebruik van digitale inhoud die door de consument op meerdere apparaten kan worden gebruikt. Een app kan op diverse telefoons worden gebruikt en een gestreamde film kan op meerdere televisies worden bekeken. Dit is anders in geval van embedded software waarbij de software vooraf is ingebouwd in een apparaat, zoals software in wasmachines, koelkasten en zelfrijdende auto’s. De software die in deze apparaten is ingebouwd kan de consument niet op een ander apparaat installeren of gebruiken, maar is verbonden aan het betreffende apparaat.⁷ Dit onderzoek heeft daarentegen betrekking op opzichzelfstaande digitale inhoud en niet op apparaten met ingebouwde software.⁸ De reden is dat bij embedded software het tastbare apparaat als zodanig wordt verkocht en de digitale inhoud als een onderdeel ervan wordt gezien. De regels uit de nog te

-
4. Zie over de toename van de omzet in de e-commercemarkt: emerce.nl/nieuws/nederlandse-consumenten-besteeden-237-miljard-euro-online-2018/ (laatst geraadpleegd op 4 november 2020). Het aantal fysieke kledingwinkels nam sinds 2013 met 9 procent af terwijl het aantal online kledingwinkels met 75% is toegenomen, zie cbs.nl/nl-nl/nieuws/2017/35/minder-fysieke-meer-online-kledingwinkels (laatst geraadpleegd op 4 november 2020). De digitalisering beïnvloedt in hoog tempo ons dagelijks leven, zie Billen 2015, p. 11.
 5. Loos, TvC 2014, p. 2; BIS Department Business Innovation Skills, *The supply of digital content: Impact Assessment* 2012, p. 6-7. Zie ook voor voorbeelden: De Castro, Reed & De Queiroz, *IJLIT* 2016, p. 99.
 6. Gestreamde digitale inhoud wordt gedefinieerd als ‘bewegend digitaal beeld via internet’. Zie pc-en-internet.infonu.nl/diversen/26541-hoe-werkt-streaming-video.html (laatst geraadpleegd op 4 november 2020).
 7. In de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770) wordt in de 21e overweging gesproken over ‘goederen met digitale elementen’. Voorbeelden die worden genoemd zijn een smartphone met een vooraf gestandaardiseerde applicatie of een smartwatch. Deze zijn uitgesloten van toepasselijkheid waardoor moet worden teruggevallen op de regels uit de Richtlijn verkoop goederen (2019/771).
 8. Zie over de slimme auto en slimme koelkast als vormen van digitale dienstverlening: Van Schaick 2019, p. 65. Bovendien wordt het contracteren via een digitaal platform (de complicatie dat meer partijen zijn betrokken) buiten het bereik van het onderzoek gehouden.

behandelen regels uit de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770) zijn in lijn hiermee ook niet van toepassing op embedded software.⁹

Digitalisering biedt veel voordelen voor consumenten. Steeds meer zaken en diensten kunnen worden gedigitaliseerd.¹⁰ Hiermee stijgt het gebruiksgemak voor de consument. Een voorbeeld is dat consumenten vanaf hun smartphone kunnen winkelen via apps.¹¹ Een ander voorbeeld is dat zij via abonnementen op streamingdiensten muziek kunnen beluisteren zonder deze muziknummers daadwerkelijk op een cd te hoeven ‘kopen’.¹² Uiteraard zijn er ook risico’s verbonden aan digitalisering, zoals privacyschendingen¹³ en beveiligingsbreken.¹⁴ Bij de start van dit onderzoek heb ik vier voorbeeldcasussen opgesteld waarbij de consument nadeel kan ondervinden van het gebruik van digitale inhoud.¹⁵ Het gaat om de volgende vier voorbeeldcasussen: (I) het (ongewenst) verspreiden van berichten en foto’s op internet als gevolg van een beveiligingslek, (II) het verdwijnen van foto’s als gevolg van een gebrek in fotoboekensoftware, (III) het door een externe afhandig maken van € 25 als gevolg van een beveiligingslek in een bank-app en (IV) het niet volledig laden van een gestreamde film waardoor de consument niet de gehele film kan bekijken. In de verkennende studie die op basis van deze vier voorbeelden is uitgevoerd is gefocust op remedies. Daarbij is beoordeeld in hoeverre de bestaande remedies in het BW aansluiten op bovenstaande vier voorbeeldcasussen. Dit bevestigde het vermoeden dat de aansluiting tussen de huidige remedies en de behoeften van consumenten in de digitale wereld niet optimaal is. De precieze aanpak en de resultaten van de verkennende studie worden in paragraaf 4.2 beschreven, omdat in het vierde hoofdstuk de beschikbare remedies uit de titel over consumentenkoop worden uitgediept. Voor de volledigheid vermeld ik dat, ondanks het feit dat de voorbeeldcasussen in 2017 zijn bedacht, zij hun actualiteit niet zijn verloren. Ter illustratie dienen hierbij drie voorbeelden uit 2020 die overeenkomsten vertonen met de gebruikte voorbeeldcasussen: een groot beveiligingslek in Android waardoor een malafide app zich bijvoorbeeld kan voordoen als bank-app¹⁶, een beveiligingslek van de app NL-alert waardoor gegevens van andere gebruikers kunnen worden achterhaald¹⁷ en het verliezen van foto’s en video’s van gebruikers van een cloudopslagdienst.¹⁸

9. De Richtlijn verkoop goederen (2019/771) is dan van toepassing, zie Overweging 21 Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/771) en Overweging 13-15 Richtlijn verkoop goederen (2019/771). De digitale inhoud of dienst moet dan wel samen met de goederen zijn verstrekt op basis van de koopovereenkomst voor de goederen. Zie nader hierover par. 2.2.2 en par. 6.3.1 van dit proefschrift.

10. Van Schaick 2019, p. 31.

11. Zie over de stijging: [adformatie.nl/data-insights/maandbereik-online-winkelen-apps-stijgt-naar-51-procent](https://data-insights.nl/data-insights/maandbereik-online-winkelen-apps-stijgt-naar-51-procent) (laatst geraadpleegd op 4 november 2020).

12. Zie over het gebruik van de app Spotify: crediteexpo.nl/gfk-onderzoek-trends-in-digitale-media-smartphone-steeds-vaker-portemonnee-minder-telefoon/ (laatst geraadpleegd op 4 november 2020).

13. Zie hierover: Van Gulijk & Op Heij, *WPNR* 2016, p. 453-458.

14. Zie bijvoorbeeld: *Stagefright*, consumentenbond.nl/acties/updates/stagefright (laatst geraadpleegd op 4 november 2020). Zie over het doorsluizen van informatie via apps: Kindt, *CR* 2019, p. 311-312.

15. Zie meer specifiek over gebrekkige of non-conforme digitale inhoud: par. 4.3.1 van dit proefschrift. androidplanet.nl/nieuws/android-beveiligingslek-strandhogg-2-0/ (laatst geraadpleegd op 4 november 2020).

17. rtlnieuws.nl/tech/artikel/5109201/nl-alert-app-lek-onveilig-nlalert-ios-android-locatie (laatst geraadpleegd op 4 november 2020).

18. security.nl/posting/666732/Canon+meldt+verlies+foto%27s+en+video%27s+gebruikers+cloudopslagdienst (laatst geraadpleegd op 4 november 2020).

Om te onderzoeken op welke regels de consument zich kan beroepen indien zich problemen voordoen als gevolg van gebrekkige digitale inhoud, moet worden bestudeerd welke regels van toepassing zijn op de verhouding tussen de aanbieder van digitale inhoud en de consument (B2C-verhouding). De focus ligt op het contractenrecht. Het is van belang om het contractenrecht te bestuderen omdat contracten ervoor zorgen dat transacties in onze economie kunnen worden gesloten waarbij het privaatrecht het algemene kader geeft.¹⁹ Wanneer bestaande regels uit het BW worden toegepast op overeenkomsten over digitale inhoud, is van belang in ogenschouw te nemen dat digitale inhoud andere kenmerken heeft dan zaken waarvoor regels zijn ontworpen. Het gaat om een combinatie van de volgende kenmerken: de ontastbaarheid, de vele varianten, het zeer hoge ontwikkelingstempo en de vele wijzen van aanbod in de online omgeving. Daarbij communiceren consumenten met hun wederpartij op afstand indien zij online contracteren.²⁰

Het Burgerlijk Wetboek is gericht op de ‘fysieke’ wereld waarbij het gaat om de verwerving en vervreemding van eigendom.²¹ Bestaande regels kunnen niet een-op-een worden overgezet naar de digitale wereld.²² Dit is ook logisch gelet op het jaar (1992) waarin het grootste gedeelte van het Nieuw BW is ingevoerd. Een voorbeeld is de remedie schadevergoeding uit Boek 6 BW die wordt toegepast op schade in de fysieke wereld. In hoeverre recht op schadevergoeding bestaat indien de consument bijvoorbeeld software heeft gedownload met beveiligingsgebreken en, indien hier recht op bestaat, hoe groot dergelijke bedragen zijn is onduidelijk. Hierover is nog geen rechtspraak voorhanden en bovendien is hier wetenschappelijk nog weinig onderzoek naar gedaan.²³

Nieuwe ontwikkelingen op technologisch vlak kunnen bij de consument voor onzekerheid zorgen ten aanzien van de toepassing van het bestaande recht.²⁴ In de literatuur komt de vraag naar voren of het huidige wettelijk kader passend is voor overeenkomsten over digitale inhoud, of het dient te worden aangepast of juist een nieuw (juridisch) kader dient te worden ontwikkeld.²⁵ Een diepgaand onderzoek hiernaar is voor zowel de wetenschap als de maatschappij van belang. Het wetenschappelijke belang is gelegen in het feit dat tot op heden geen onderzoek is gedaan naar de vraag in hoeverre de consument die overeenkomsten over digitale inhoud sluit wordt beschermd op basis van het BW. Mijn onderzoek spitst zich toe op het toepasselijke contractenrecht (waaronder het bijzondere consumentenrecht in Boek 7 BW) waarbij een volledig kader van de consumentenbescherming op basis van het huidige BW wordt geschetst. Daarbij wordt ook rechtsvergelijking gedaan met het Engelse systeem en wordt het Europeesrechtelijk kader geanalyseerd. Voorgaande auteurs hebben gefocust op bepaalde deelterreinen die verband houden met

19. Schulze & Staudenmayer 2015, p. 19.

20. Billen 2015, p. 13.

21. Van Schaick 2019, p. 11.

22. Billen 2015, p. 13.

23. Zie over het verlies van persoonlijke data: Tjong Tjin Tai 2016, p. 276. Zie wel over het Cambridge Analytica-schandaal: Walree, *IR* 2018, p. 134-143.

24. Vergelijk Bennett Moses, *UJLTP* 2007, p. 250.

25. Schulze & Staudenmayer 2015, p. 19.

digitale inhoud.²⁶ Het maatschappelijke belang van dit onderzoek ziet op de verwerving van meer kennis omtrent het contracteren over digitale inhoud door consumenten. Het maatschappelijke belang heeft reflexwerking naar niet-consumenten, zoals aanbieders van digitale inhoud, de wetgever, rechters en beleidsmakers. Al die partijen komen immers in aanraking met de digitalisering van de samenleving en het feit dat consumenten (steeds meer) digitale inhoud ‘consumeren’ waarbij zich problemen kunnen voordoen wanneer bestaande regels uit het BW worden toegepast.

1.2 De diverse onderdelen die in dit onderzoek centraal staan

Het onderzoek focust op de kwalificatie van overeenkomsten over digitale inhoud, interpretatievraagstukken en remedies welke onderdelen in deze paragraaf nader worden toegelicht.

Het probleem zoals geschetst in de vorige paragraaf vangt aan bij de kwalificatie van overeenkomsten over digitale inhoud, namelijk koop, opdracht of huur en de (vervolg)vraag welke regels van toepassing zijn. Een bepaalde kwalificatie kan immers tot verscheidene toepasselijke regels leiden.²⁷ Naar huidig recht is niet op alle typen digitale inhoud de titel over consumentenkoop van toepassing. Voor toepassing van de titel over consumentenkoop is vereist dat de digitale inhoud die niet op een drager is geleverd, is geïndividualiseerd en dat er feitelijke macht over kan worden uitgeoefend. Deze vereisten zijn opgenomen in artikel 7:5 lid 5 BW. In geval van streaming waarbij de consument slechts toegang heeft tot de digitale inhoud, zoals het luisteren naar muziek via Spotify, is niet aan deze vereisten voldaan.

Indien digitale inhoud op een drager is geleverd of aan de vereisten uit artikel 7:5 lid 5 BW is voldaan, dient de digitale inhoud op basis van artikel 7:17 BW, net als in geval van traditionele producten als kleding en auto's, aan de overeenkomst te beantwoorden. Belangrijke vervolgvraag is wat de rechten van de consument zijn wanneer hier niet aan is voldaan. In de literatuur komt naar voren dat regels omtrent nakoming en remedies dienen te worden herbeoordeeld in de data-economie.²⁸ Zoals aangegeven zijn in geval van gebrekkige digitale inhoud naar huidig recht namelijk de regels uit het Burgerlijk Wetboek van toepassing die zijn ontworpen voor zaken. De remedies uit de titel over consumentenkoop die in dit onderzoek centraal staan zijn nakoming (herstel, vervanging en aflevering van het ontbrekende), ontbinding, prijsvermindering en schadevergoeding.²⁹ De beschikbare remedies

26. Zie bijvoorbeeld over Europese regels en voorstellen ten aanzien van digitale inhoud: Beale 2016, Fauvarque-Cousson 2016, Mak 2016, Mak, *NJB* 2016, Loos 2016. Zie over het gebruik van algemene voorwaarden bij platforms in relatie tot digitale inhoud: Loos, *EUcML* 2016, Loos & Luzak, *JCP* 2016. Zie over de uitdagingen van digitalisering voor consumenten in het algemeen: Billen 2015.
27. Zie over het belang van de kwalificatie: Loos, *MvV* 2011, par. 2.2.1; Helberger e.a. 2013, p. 21. Hijma licht toe dat de kwalificatievraag slechts relevant is indien er relevante verschillen bestaan in rechtsgevolg. De kwalificatievraag is immers niet van belang indien de toe te passen rechtsregels niet verschillen. Zie Asser/Hijma 7-I 2019/12.
28. Mak 2018, par. 2.2.
29. Onder remedies wordt in dit onderzoek verstaan de oplossingen die de aanbieder op basis van de wet aan de consument kan bieden. Opschorting wordt niet meegenomen omdat dit een tijdelijk karakter heeft.

voor de consument zijn in de EU-lidstaten geharmoniseerd op basis van de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop (99/44/EG). Het hiërarchische systeem brengt met zich dat de consument in eerste instantie recht heeft op herstel of vervanging, en slechts bij gebreke daarvan op prijsvermindering of ontbinding.³⁰ Per 1 januari 2022 vervalt de Richtlijn consumentenkoop (99/44/EG) en worden de regels uit de Richtlijn verkoop goederen (2019/771) toegepast. Ook deze richtlijn gaat uit van een hiërarchisch systeem van remedies.³¹

De bestaande remedies zijn tot op heden door de rechter toegepast op non-conforme zaken. Deze toepassing van remedies heeft echter een andere betekenis bij overeenkomsten over digitale inhoud dan bij een koopovereenkomst waarbij het gaat om een fysieke zaak tegen betaling van een bepaald bedrag. Een klassiek voorbeeld is de koop van een auto. Wanneer de consument een defecte auto heeft gekocht, dient hij het gebrek aan te tonen om een succesvol beroep te kunnen doen op een remedie. Hoogstwaarschijnlijk zal de aanbieder de auto moeten herstellen waarna de consument de auto weer naar behoren kan gebruiken. Mocht digitale inhoud non-conform zijn, dan staan de consument in veel gevallen dezelfde remedies uit de titel over consumentenkoop ter beschikking.³² In geval van vervanging (art. 7:21 lid 1 onder c BW) en ontbinding (art. 7:22 lid 1 onder a BW) dient de consument het gekochte product, in dit geval de digitale inhoud, terug te geven.³³ Het teruggeven van digitale inhoud door de consument kan in de praktijk tot problemen leiden indien de digitale inhoud reeds is doorgestuurd naar derden.³⁴ De huidige remedies in geval van gebrekkige zaken leiden niet steeds tot passende oplossingen in geval van gebrekkige digitale inhoud. Dit probleem waar zowel de consument als de aanbieder van digitale inhoud bij zijn betrokken wordt alleen maar groter door de niet te stoppen digitale ontwikkelingen op consumentenniveau. Deze verlangen dat grondig wordt nagedacht over passende remedies die een adequate verhaalsmogelijkheid bieden.

Naast de remedies uit de titel over consumentenkoop worden in dit onderzoek remedies en andere verhaalsmogelijkheden uit het algemene overeenkomstenrecht bestudeerd. Daarvoor zijn twee redenen. Ten eerste dient naar huidig recht in geval van gestreamde digitale inhoud te worden teruggevallen op het algemene overeenkomstenrecht.³⁵ Ten tweede kunnen bepaalde risico's ten aanzien van digitale inhoud niet worden beperkt door uitsluitend de kooptitel te bestuderen. Mogelijk biedt het algemene overeenkomstenrecht (aanvullende) mogelijkheden. Het algemene overeenkomstenrecht is immers tevens van toepassing op de relatie tussen de aanbieder en de consument van digitale inhoud. Te onderzoeken leerstukken zijn onder meer de wilsvertrouwensleer en het wilsgebrekk dwaling in de precontractuele fase. De regels zijn ontworpen vanuit de gedachte dat sprake is van zaken

30. Tiende overweging van de Richtlijn consumentenkoop (99/44/EG).

31. Zie art. 13 Richtlijn verkoop goederen (2019/771). Zie over deze richtlijn: Verhoeff, *Bb* 2020/84.

32. Zie hierover meer uitgebreid: par. 2.3 van dit proefschrift.

33. Asser/Hijma *7-I* 2019/397. Billen stelt de vraag of apps kunnen worden teruggegeven, zie Billen 2015, p. 13.

34. Op Heij, *TvC* 2015, p. 59.

35. Zie hiervoor art. 7:5 lid 5 BW. Gestreamde digitale inhoud is namelijk niet geïndividualiseerd en er kan geen feitelijke macht over worden uitgeoefend.

en bovendien is er veel (standaard)rechtspraak over zaken. De vraag of en in hoeverre dergelijke regels van toepassing zijn in geval van gebrekkige digitale inhoud is nog niet uitgekristalliseerd. Een voorbeeld is het al dan niet een geslaagd beroep kunnen doen op dwaling indien de consument niet adequaat is geïnformeerd over beveiligingsgebreken.

1.3 **Rechtsvergelijking met de Consumer Rights Act en een vergelijking met de Europese richtlijn over digitale inhoud**

Zoals uit het voorgaande blijkt zijn naar huidig recht regels uit het BW van toepassing die zijn ontwikkeld voor zaken en niet specifiek voor digitale inhoud. Dit is niet het geval in Engeland. Daar is de Consumer Rights Act van toepassing met een apart hoofdstuk voor overeenkomsten over digitale inhoud.³⁶ In de beginfase van dit onderzoek was in de ons omringende landen geen specifieke wet- en regelgeving ontwikkeld voor overeenkomsten over digitale inhoud. Daarom is voor rechtsvergelijking met het Engelse recht gekozen. De Engelse wetgever heeft in het hoofdstuk voor overeenkomsten over digitale inhoud andere regels neergelegd dan in het hoofdstuk voor overeenkomsten over goederen. Het is nuttig om de Consumer Rights Act te bestuderen, omdat hier inspiratie aan kan worden ontleend voor de regulering van remedies voor digitale inhoud in het BW. Het Engelse recht wordt niet gebruikt als vergelijking met de regels over de precontractuele fase, omdat de regels uit de Consumer Rights Act betrekking hebben op de (post)contractuele fase. In Engeland kent men überhaupt geen specifieke regels voor de precontractuele fase en is men zeer terughoudend in het aannemen van aansprakelijkheid in die fase.³⁷

De regulering van digitale inhoud staat ook op Europees niveau hoog op de agenda. Bij het uitblijven van het vertrouwen van consumenten in de regulering van digitale inhoud kan de markt van digitale inhoud niet verder tot bloei komen.³⁸ Dit kan de interne markt belemmeren hetgeen ook nadelig is voor de aanbieders van digitale inhoud en uiteindelijk de gehele economie. Eind 2015 is daarom in het kader van de Digital Single Market een richtlijnvoorstel over digitale inhoud gepresenteerd.³⁹ In mei 2019 is de definitieve versie van de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten gepubliceerd (2019/770). Hierin zijn regels voor de (post)contractuele fase opgenomen. Omdat Europese ontwikkelingen een zeer grote invloed uitoefenen op het Nederlandse systeem is het belangrijk deze in het onderhavige onderzoek te betrekken. Hierbij worden de overeenkomsten en verschillen met het huidige nationale systeem in kaart gebracht. Ter voorbereiding op de implementatie van de regels uit de richtlijn in het BW is op 20 december 2019 het

36. legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted (laatst geraadpleegd op 4 november 2020).

37. Zie voor een belangrijke uitspraak ten aanzien van het mogen afbreken van onderhandelingen: *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, 138. Zie nader over het ontbreken van het algemene beginsel van de redelijkheid en billijkheid: par. 5.2 van dit proefschrift.

38. Dit is in lijn met overweging 5 Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770): 'Consumenten ontbreekt het regelmatig aan vertrouwen wanneer zij grensoverschrijdend kopen en vooral wanneer dit online gebeurt'.

39. Voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten over de levering van digitale inhoud, COM(2015)634, via eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634&from=NL (laatst geraadpleegd op 4 november 2020).

‘Voorontwerp implementatie richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud’ gepubliceerd.⁴⁰ Er wordt een nieuwe titel 1AA in Boek 7 BW voor overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten tussen handelaren en consumenten geïntroduceerd.⁴¹ In dit onderzoek worden, naast de regels uit de Consumer Rights Act, de te implementeren regels uit de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten onderzocht. Het ‘Voorontwerp implementatie richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud’ wordt niet als apart regelgevend kader onderzocht. De hierin opgenomen regels vloeien immers vanwege de maximum-harmonisatie inhoudelijk voort uit de regels van de richtlijn. In dit onderzoek gaat het om de inhoudelijke keuzes ten aanzien van de regulering van digitale inhoud en niet om de vorm of de wijze van implementatie in het BW. Bovendien is het onderzoek breder dan de regels uit de richtlijn. Niet alle regels zullen immers worden geharmoniseerd⁴² waardoor de ruimte die wordt overgelaten aan het nationale recht tevens zorgvuldig wordt beschreven. Tot slot blijft het hiërarchische systeem van remedies behouden, hetgeen niet goed past bij gevallen waarin sprake is van lastig of niet te herstellen nadeel. De hiërarchie gaat immers uit van nakoming als primaire remedie, terwijl nakoming in dergelijke gevallen niet leidt tot een passende oplossing. Aan het eind van dit onderzoek zullen alternatieve denkrichtingen worden geschetst om de consument te beschermen in geval van lastig of niet te herstellen nadeel.

1.4 Onderzoeksvraag en subvragen

Door de toepasselijke bepalingen uit het BW op overeenkomsten over digitale inhoud te bestuderen en toe te passen op voorbeelden van digitale inhoud wordt geanalyseerd in hoeverre zij de consument bescherming kunnen bieden. De consumentenbescherming wordt beoordeeld op basis van (1) de vraag welke bepalingen in het BW voorhanden zijn om consumenten te beschermen in geval van gebrekkige digitale inhoud en (2) de mate waarin die bepalingen recht doen aan overeenkomsten over digitale inhoud.

Het voorgaande brengt mij tot de volgende onderzoeks- en subvragen:

In hoeverre worden consumenten die een overeenkomst over digitale inhoud aangaan beschermd op basis van het Burgerlijk Wetboek en hoe kan de privaatrechtelijke consumentenbescherming worden verstevigd?

40. Concept regeling implementatiewetsvoorstel richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, via internetconsultatie.nl/verkoop_goederen_levering_digitale_inhoud (laatst geraadpleegd op 21 januari 2021). Zie voor de openbare reacties: internetconsultatie.nl/verkoop_goederen_levering_digitale_inhoud/reacties (laatst geraadpleegd op 21 januari 2021). Zie voor een bespreking van het voorontwerp: Den Butter, *IR* 2020, p. 86-91.

Het wetsvoorstel wordt naar verwachting begin 2021 naar de Tweede Kamer gestuurd, zie brief M.C.G. Keijzer, ‘Voortgang Roadmap Digitaal Veilige Hard- en Software’, 14 december 2020, via tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z24771&did=2020D51977 (laatst geraadpleegd op 21 januari 2021).

41. Ontwerp-MvT 2019, p. 7, 20 december 2019, via internetconsultatie.nl/verkoop_goederen_levering_digitale_inhoud (laatst geraadpleegd op 21 januari 2021).

42. Zie art. 3 lid 10 Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (2019/770). Zie ook hierover Loos, *TvC* 2019, p. 108.