

Vergaderjaar 2020–2021

**35 734**

**Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, en van Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (PbEU 2019, L 136) (Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud)**

**Nr. 4**

**ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 11 februari 2021 en het nader rapport d.d. 28 oktober 2020, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 13 juli 2020, nr. 2020001392, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 28 oktober 2020, nr. W16.20.0228/II, bied ik U hierbij aan.

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) d.d. 28 oktober 2020 is integraal opgenomen in dit nader rapport en cursief gedrukt. Hieronder ga ik in op het advies.

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

*Bij Kabinetsmissive van 13 juli 2020, no. 2020001392, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Staatssecretaris van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, en van Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (PbEU 2019, L 136) (Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud), met memorie van toelichting.*

*Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van twee richtlijnen, te weten de Richtlijn verkoop goederen<sup>2</sup> en de Richtlijn levering digitale inhoud,<sup>3</sup> hierna gezamenlijk ook aangeduid als: de richtlijnen. Met de implementatie worden de consumentenkoopregeling op het terrein van de conformiteitseis, de remedies bij non-conformiteit en de vereisten voor commerciële garanties aangepast. Ook wordt een nieuwe titel in Boek 7 Burgerlijk Wetboek (BW) ingevoegd, over de levering van digitale inhoud en digitale diensten.*

*De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de mogelijkheid dat de consument als tegenprestatie voor de geleverde inhoud of dienst de handelaar toestemming geeft zijn persoonsgegevens te verwerken en over het recht op ontbinding bij een ernstige tekortkoming van de verkoper of handelaar. In verband daarmee is aanpassing van de toelichting wenselijk.*

#### *1. Achtergrond en inhoud wetsvoorstel*

*Het wetsvoorstel strekt wat betreft de implementatie van de richtlijn verkoop goederen vooral tot aanpassing van enkele bestaande bepalingen in Boek 7 Burgerlijk Wetboek (BW) die betrekking hebben op de consumentenkoop. De richtlijn verkoop goederen bevat gemeenschappelijke regels voor consumentenkoopovereenkomsten. Deze regels zien in het bijzonder op de conformiteit van goederen met de overeenkomst, de remedies in het geval de geleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt (conformiteitsgebrek), de wijze waarop die remedies kunnen worden uitgeoefend en commerciële garanties.<sup>4</sup>*

*De belangrijkste vernieuwing ten opzichte van het huidige consumentenkooprecht is dat de richtlijn verkoop goederen nu ook expliciet zaken met digitale elementen adresseert en daaraan ook aangepaste rechten voor de consumentkoper jegens de verkoper koppelt, zoals het recht op updates. De bepalingen van de Richtlijn levering digitale inhoud worden geïmplementeerd in een nieuwe titel 7.1AA van het BW en bevat grotendeels een regime dat correspondeert met de bepalingen terzake consumentenkoop,*

<sup>2</sup> Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, (PbEU 2019, L 136), hierna: Richtlijn verkoop goederen.

<sup>3</sup> Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (PbEU 2019, L 136), hierna: Richtlijn levering digitale inhoud.

<sup>4</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

maar dan toegesneden op de levering van digitale inhoud of digitale diensten.<sup>5</sup>

*Dit wetsvoorstel beoogt beide richtlijnen te implementeren die maximum-harmonisatie als uitgangspunt hebben.<sup>6</sup> De richtlijnen bieden met betrekking tot bepaalde onderwerpen enige ruimte aan de lidstaten om eigen keuzes te maken. Overeenkomstig de Aanwijzingen voor de regelgeving gaat het voorstel uit van zuivere implementatie, waarbij zoveel mogelijk is aangesloten bij de bestaande regelgeving.<sup>7</sup> De gevolgen van deze implementatie voor het huidige consumentenkooprecht zijn relatief beperkt.*

## *2. Persoonsgegevens als tegenprestatie*

*De Richtlijn levering digitale inhoud is van toepassing op alle overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud of een digitale dienst tegen een bepaalde prijs. De richtlijn is ook van toepassing op overeenkomsten waarbij de consument als tegenprestatie voor de geleverde inhoud of dienst de handelaar toestemming geeft zijn persoonsgegevens te verwerken.<sup>8</sup> Deze toestemming voor verwerking is te beschouwen als de contractuele tegenprestatie van de consument in ruil voor de geleverde digitale inhoud of dienst. De richtlijn regelt dat consumenten ook bij dergelijke overeenkomsten recht hebben op de in de richtlijn opgenomen contractuele remedies. De richtlijn stelt geen nadere regels ten aanzien van deze wijze van verstrekken van persoonsgegevens als tegenprestatie en laat de toepassing van de Algemene Verordening Gegevensbescherming («AVG») onverlet.<sup>9</sup>*

*De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) wijst er in zijn advies op dat de door de consument verleende toestemming niet ziet op gegevens die noodzakelijk zijn voor de (feitelijke) levering van de digitale inhoud of dienst. De toestemming vormt, daarentegen, een tegenprestatie voor het aangaan van de overeenkomst, die komt in de plaats van een betaling van een geldsom. Consumenten die minder te besteden hebben, kunnen volgens de AP oneigenlijke druk voelen te betalen met hun persoonsgegevens en daarmee een uitholling van hun grondrechten toestaan.*

*De AVG is weliswaar van toepassing, maar biedt in deze geen effectieve remedie, indien de toestemming zelf aan alle voorwaarden van de AVG voldoet.<sup>10</sup> In dat geval is namelijk vervolgens de verwerking van persoonsgegevens niet begrensd. Naar het oordeel van de AP zijn aanvullende beschermende maatregelen in het consumentenrecht daarom geboden. Onder andere stelt de AP voor vormen van toestemming te formuleren, waarvan op voorhand gesteld kan worden dat deze als tegenprestatie onaanvaardbaar zijn en die grond geven voor de consument de overeenkomst te vernietigen.<sup>11</sup>*

*De Afdeling acht de door de AP gesignaleerde problematiek reëel, in het bijzonder ten aanzien van overeenkomsten die zien op de levering van digitale inhoud en diensten, waar het verstrekken van persoonsgegevens*

<sup>5</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 2.2.

<sup>6</sup> Artikel 4 in beide richtlijnen.

<sup>7</sup> Aanwijzingen 9.4 en 9.7 in de Aanwijzingen voor de Regelgeving. Vgl. Memorie van toelichting, paragrafen 3.1 en 7.

<sup>8</sup> Richtlijn levering digitale inhoud, artikel 3.

<sup>9</sup> Artikel 3, leden 1 en 8, Richtlijn levering digitale inhoud.

<sup>10</sup> Toestemming moet ingevolge de AVG vrij, ondubbelzinnig, geïnformeerd, specifiek en actief zijn.

<sup>11</sup> Te denken valt aan toestemming voor verwerking van gegevens zonder duidelijke doelbepaling. Zie voorts het advies van AP, p. 6 en 7.

*als tegenprestatie vaker plaatsvindt. In de toelichting wordt echter opgemerkt dat deze problematiek in een breder kader moet worden geregeld voor alle overeenkomsten, op grond waarvan een product of dienst wordt geleverd in ruil voor het verstrekken van persoonsgegevens. Het is, aldus de toelichting, niet wenselijk dit in dit voorstel te regelen, omdat dat verder gaat dan de strikte implementatie van de richtlijn.<sup>12</sup>*

*De Afdeling heeft er begrip voor dat in dit voorstel geen regels worden opgenomen ten aanzien van de door de AP gesignaleerde problematiek. Dat neemt niet weg dat zij het aangewezen acht in de toelichting wel reeds in te gaan op de wijze waarop de regering deze problematiek beoogt te adresseren. Dat deze problematiek bij voorkeur op Europees niveau wordt geregeld, ontslaat de regering er niet van initiatieven op dat vlak te ontplooien. Zo is het uit oogpunt van bescherming van de consument voorstelbaar dat, in afwachting van Europese regels, op nationaal niveau al tot regulering wordt overgegaan. De AP doet daartoe enkele concrete suggesties. In de toelichting wordt onvoldoende ingegaan op de vraag waarom deze, mede gelet op het belang van de door de AP gesignaleerde problematiek, niet thans reeds kunnen worden gevolgd.*

*Gelet op het voorgaande, adviseert de Afdeling in de toelichting nader op de bovengenoemde punten in te gaan en toe te lichten welke vervolgstappen het kabinet voornemens is te zetten.*

De richtlijn levering digitale inhoud laat het aan lidstaten vrij om te bepalen of er aan de vereisten voor de totstandkoming, het bestaan en de geldigheid van een overeenkomst naar nationaal recht is voldaan. In de memorie van toelichting is nader ingegaan op de concrete suggestie van de AP om vormen van toestemming als tegenprestatie te formuleren die vermoed worden onaanvaardbaar te zijn en die kunnen leiden tot vernietiging van de overeenkomst. Dit betreffen allemaal afwijkingen van de vrijelijk gegeven toestemming zoals de AVG vereist. Deze vrijelijk gegeven toestemming kan op elk moment vrijelijk worden ingetrokken. Niettemin zal het kabinet nader verkennen in hoeverre aanvullende nationale maatregelen wenselijk zijn. Daarbij houdt het kabinet rekening met het gegeven dat de toestemming altijd weer kan worden ingetrokken door de consument en het feit dat nu in de praktijk digitale inhoud en diensten ook worden geleverd in ruil voor persoonsgegevens. Als er op Europees niveau het initiatief is genomen tot regulering, heeft het de voorkeur om op Europees niveau tot een oplossing te komen.

### *3. Recht op ontbinding*

*Het huidige recht bevat op grond van artikel 7:22 BW de mogelijkheid voor de consument bij non-conformiteit de overeenkomst te ontbinden of de prijs te verminderen. Voordat hij de overeenkomst kan ontbinden, moet de consument eerst de verkoper verzoeken de zaak te herstellen of te vervangen. Pas als herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevergd kan worden, of wanneer de koper al om herstel of vervanging heeft gevraagd maar niet heeft gekregen, heeft de koper recht op ontbinding of prijsvermindering. Dit wordt het getrapte stelsel van remedies genoemd.<sup>13</sup>*

*Het wetsvoorstel voegt enkele nieuwe leden toe aan artikel 7:22 BW en introduceert een vergelijkbare bepaling voor digitale diensten of inhoud.<sup>14</sup>*

<sup>12</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 4.4.

<sup>13</sup> Artikel 7:22 lid 1 en lid 2 BW.

<sup>14</sup> De voorgestelde bepaling 7:50ai leden 1 en 4 aanhef en sub a en sub b vormen de pendant van het huidige artikel 7:22 leden 1 en 2 BW.

*Een van de aanvullingen betreft de bepaling dat de koper in het geval van een ernstige tekortkoming direct de overeenkomst kan ontbinden of de prijs kan verminderen.<sup>15</sup> De considerans bij de Richtlijn verkoop goederen stelt ter toelichting dat de situatie zich kan voordoen dat het conformiteitsgebrek in ernstige mate de vrijheid aantast van de consument om op normale wijze gebruik te maken van de goederen en dat niet van de consument kan worden verwacht dat hij erop kan vertrouwen dat herstel of vervanging door de verkoper het probleem kan verhelpen.<sup>16</sup> Een vergelijkbare redenering is terug te vinden in de considerans bij de Richtlijn levering digitale inhoud. Daarin wordt als voorbeeld genoemd het leveren van antivirussoftware die zelf besmet is met een virus.<sup>17</sup>*

*De Afdeling adviseert nader toe te lichten hoe deze nieuwe bepaling zich verhoudt tot het gehandhaafde getrapte stelsel, meer in het bijzonder hoe het bestaande artikel 7:22 lid 2 BW zich verhoudt tot de voorgestelde bepaling 7:22 lid 5 BW.<sup>18</sup> Het doel van het getrapte stelsel is immers de verkoper de gelegenheid te bieden alsnog correct te presteren en het contract tot op zekere hoogte te respecteren en in stand te houden.<sup>19</sup>*

*De Afdeling adviseert hierop in de toelichting in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.*

Volgens de Afdeling is de verhouding tussen artikel 7:22 lid 2 BW en de voorgestelde bepaling in artikel 7:22 lid 5 BW niet helder. De afdeling adviseert zo nodig het wetsvoorstel aan te passen. Ik volg het advies. In artikel 7:22 lid 5 BW is ter implementatie van de richtlijn verkoop goederen vastgelegd wanneer een consument in afwijking van «het getrapte stelsel» recht heeft op een evenredige prijsvermindering dan wel op ontbinding van de overeenkomst. In het wetsontwerp ontbrak de expliciete verwijzing dat het gaat om een afwijking van het getrapte stelsel. Naar aanleiding hiervan is artikel 7:22 lid 5 BW aangepast, zodat duidelijk is dat het gaat om een uitzondering op artikel 7:22 lid 2 BW. Als de situaties genoemd in artikel 7:22 lid 5 BW zich voordoen is de consument bevoegd de overeenkomst te ontbinden dan wel de prijs te verminderen zonder de verkoper te verzoeken de zaak te herstellen of te vervangen. De artikelsgewijze toelichting is dienovereenkomstig aangevuld.

#### *4. Redactionele bijlage*

*De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.*

*De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.*

De redactionele opmerkingen van de Afdeling zijn nagenoeg allemaal overgenomen. Er is geen gevolg gegeven aan de opmerking om de tekst van artikel 7:18 lid 4 BW aan te passen. Artikel 7:50ae lid 4 BW is het equivalent voor digitale inhoud en digitale diensten. In beide artikelen is opgenomen dat de updates die nodig zijn om het geleverde te laten beantwoorden aan de overeenkomst aan de consument worden geleverd gedurende een periode die de consument redelijkerwijs kan verwachten.

<sup>15</sup> Voorgestelde bepalingen 7:22 lid 5 sub c en 7:50ai lid 4 sub d.

<sup>16</sup> Richtlijn verkoop goederen, Considerans, overweging 52.

<sup>17</sup> Richtlijn levering digitale inhoud, Considerans, overweging 65.

<sup>18</sup> Hetzelfde geldt voor de pendantverhouding ten aanzien van de levering van digitale inhoud of diensten: de voorgestelde bepalingen 7:50ai lid 4 sub a ten opzichte van 7:50ai lid 4 sub d.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2001/02, 27 809, 3, p. 7/8.

In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 7:18 lid 4 BW is verduidelijkt dat deze periode voor zaken met digitale elementen kan inhouden een eenmalige levering of een continue levering van updates, afhankelijk van de overeenkomst. Voor digitale inhoud en digitale diensten kan de periode bedoeld in artikel 7:50ae lid 4 BW, in afwijking van artikel 7:18 lid 4 BW, ook betrekking hebben op een reeks afzonderlijke leveringen. De artikelsgewijze toelichting is dienovereenkomstig verduidelijkt. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om nog enkele redactionele onvolkomenheden weg te nemen.

*De vice-president van de Raad van State,  
Th. C. de Graaf*

Ik moge U, mede namens de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de memorie van toelichting aan de Tweede Kamer de Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Rechtsbescherming,  
S. Dekker

**Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W16.20.0228/II**

- Artikel 7:18 lid 2 sub a BW zo aanpassen in lijn met artikel 7 lid 1 sub a Richtlijn verkoop goederen dat daaruit blijkt dat de sectorregels van toepassing zijn bij ontstentenis van technische normen.
- Het begrip «handelaar» in artikel 7:5a lid 2 definiëren of anders omschrijven.
- De tekst van artikel 7:18 lid 4 BW in lijn met artikel 7 lid 3 a en b Richtlijn verkoop goederen op zodanige wijze vormgeven dat het onderscheid tussen de verplichting eenmalige levering van updates en de verplichting tot continue levering van updates beter tot uitdrukking komt.
- De toelichting terzake de weergave van het huidige recht op het terrein van de klachtplicht op de relevante plaatsen zo aanpassen dat de weergave van het huidige recht juist is, in die zin dat wordt benadrukt dat de tweemaandetermijn uit artikel 7:23 lid 1 BW een minimumtermijn is.
- Ten aanzien van artikel 7:50 ai lid 7 BW in de wettekst of toelichting verduidelijken of de daarin genoemde ontbindingsverklaring schriftelijk moet worden uitgebracht of niet.