No.W03.14.0118/II 's-Gravenhage, 26 juni 2014

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 1 mei 2014, no.2014000866, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de boeken 6 en 7 BW, in verband met verduidelijking toepassingsbereik koopregels titel 7.1 BW, met memorie van toelichting.

In het voorstel wordt getracht onduidelijkheid omtrent een tweetal vraagstukken weg te nemen. Allereerst beoogt het voorstel te verduidelijken in welke gevallen een consument in geval van vertegenwoordiging zowel de verkoper-achterman als de tussenpersoon kan aanspreken. Hiermee wordt beoogd aan te sluiten bij de verplichtingen van de richtlijn consumentenrechten[[1]](#footnote-1) (de richtlijn). Daarnaast bepaalt het voorstel dat de ‘koopregels’ in titel 7.1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) niet van toepassing zijn op ‘streaming-overeenkomsten’. Het doel hiervan is om onduidelijkheid omtrent de toepasselijkheid van de koopregels uit titel 7.1 BW weg te nemen. Ook past het voorstel, in lijn met de voorgestelde wijziging van het BW, de Wet handhaving en consumentenbescherming (Whc) aan. Tot slot wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om een aantal technische omissies te herstellen.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het voorstel opmerkingen over de uitsluiting van streaming-overeenkomsten van het bereik van titel 7.1 BW, het begrip ‘digitale inhoud’ in het BW en over de personen die kunnen worden aangesproken tot nakoming van de regels van titel 7.1 BW. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk is.

1. Uitsluiting streaming-overeenkomsten

Het wetsvoorstel beoogt de toepasselijkheid van de ‘koopregels’ uit titel 7.1 BW uit te sluiten voor wat betreft streaming-overeenkomsten. Daartoe wordt een aanpassing van artikel 7:5, vijfde lid, voorgesteld. De uitsluiting van streaming- overeenkomsten van de toepasselijkheid van de ‘koopregels’ wordt gemotiveerd met een verwijzing naar het ‘Beeldbrigade-arrest’[[2]](#footnote-2) van de Hoge Raad uit 2012. Hierin oordeelt de Hoge Raad dat titel 7.1 BW toegepast kan worden op ‘download-overeenkomsten’, omdat de digitale inhoud van een download geïndividualiseerd is en de koper daarover de feitelijke macht kan uitoefenen.[[3]](#footnote-3) De toelichting stelt dat de bij streaming geleverde digitale inhoud niet zo te kwalificeren is. In het voorgestelde artikel 7:5, vijfde lid, wordt aangesloten bij de criteria van het Beeldbrigade-arrest.

De Afdeling heeft begrip voor de in het voorstel neergelegde keuze[[4]](#footnote-4) maar acht de toelichting beperkt. Zij merkt daarbij op dat het in de rechtspraak van de Hoge Raad centraal gestelde begrip ‘downloaden’ in het kader van een streaming-overeenkomst onduidelijkheid kan creëren. Een streaming-overeenkomst kan in de praktijk leiden tot het downloaden van digitale inhoud in die zin dat deze op de eigen computer wordt opgeslagen. In dat geval zou er volgens de criteria uit de rechtspraak van de Hoge Raad en in lijn daarmee het voorgestelde artikel 7:5, vijfde lid, sprake kunnen zijn van geïndividualiseerde inhoud en de (tijdelijke) uitoefening van feitelijke macht en derhalve titel 7.1 van het BW onder omstandigheden – anders dan beoogd - op een streaming-overeenkomst van toepassing kunnen zijn.

De Afdeling adviseert in het licht van het bovenstaande de toelichting aan te vullen.

1. Gevolgen voor de implementatie van de richtlijn

Artikel 7:7, tweede lid, BW implementeert artikel 27 van de richtlijn. Dit artikel geldt onder meer voor de levering van ‘digitale inhoud’. Hiermee bedoelt de richtlijn alle vormen van digitale inhoud, ook streaming.[[5]](#footnote-5) Omdat het wetsvoorstel streaming beoogt uit te sluiten van het bereik van titel 7.1 BW, is als gevolg daarvan artikel 7:7, tweede lid, BW enkel nog van toepassing op de levering van downloads. Hierdoor wordt de richtlijn niet meer volledig geïmplementeerd.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en het voorstel aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

1. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU L 304/64). [↑](#footnote-ref-1)
2. HR 27 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV1301 (De Beeldbrigade). [↑](#footnote-ref-2)
3. HR 27 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV1301 (De Beeldbrigade), r.o. 3.5. [↑](#footnote-ref-3)
4. De keuze vindt steun in een deel van de literatuur. Zie bijvoorbeeld E. Neppelenbroek, ‘Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!’, NJB 2013/2014 en C. Jeloschek en V. van Druenen, ‘De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand: Is de wetgever te ver doorgeschoten wat betreft de levering van digitale inhoud?’, Tijdschrift voor internetrecht, mei 2013, blz. 36-44. Anders M.B.M. Loos, ‘Overeenkomsten tot levering van digitale inhoud’, NTBR 2011/81, [↑](#footnote-ref-4)
5. Artikel 2 lid 11 van de richtlijn geeft de volgende definitie van ‘digitale inhoud’: gegevens die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden. Zie ook overweging 19 van de richtlijn waaruit blijkt dat onder ‘digitale inhoud’ zowel downloaden als streaming wordt verstaan. [↑](#footnote-ref-5)