

TBR 2023/15

Verduurzaming, verdienstelijking en vervaging in het bijzondere overeenkomstenrecht

Jaarrede uitgesproken op 8 december 2022 tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht

– Prof. mr. dr. S. van Gulijk¹

1. Inleiding

Verdienstelijking of ‘servitization’ is een aanduiding voor de ontwikkeling van het steeds vaker aanbieden van een product als dienst.² Deze verdienstelijking doet zich in de gebouwde omgeving in toenemende mate voor. Dat is op zichzelf niet nieuw voor groot-schalige, professionele bouw³, maar het is wel een relatief nieuwere ontwikkeling voor op *particulieren* gerichte bouw.⁴ Dat is vooral het gevolg van de verduurzaming van woningen, die nodig is voor het

bereiken van een circulaire gebouwde omgeving.⁵ De particuliere eigenaar (of huurder) van een woning zal zich in de huidige tijd van verduurzaming en energietransitie immers vooral afvragen: hoe kom ik zo snel mogelijk van het gas af?⁶ Op de particuliere woningmarkt zien we verdienstelijking daarom vooral terug bij de installatie van zonnepanelen, warmtepompen, zonneboilers en andere duurzame warmte- en energievoorzieningen. Vanwege de hoge aanschafprijzen worden deze duurzame voorzieningen door de particuliere woningeigenaar steeds vaker als dienst afgenomen in plaats van gekocht, zodat de eigendom niet overgaat op de gebruiker. Ook kunnen deze voorzieningen worden gehuurd, kan een abonnement op zonnepanelen worden gesloten, worden zonnepanelen als lease- of huurkoop-constructie aangeboden, en kun je bij sommige werkgevers een warmtepomp betalen met vakantiedagen.⁷ Voor de aanbieder van een product-als-dienst-concept is het verdienmodel dat hij

¹ Stéphanie van Gulijk is als Hoogleraar Privaatrecht verbonden aan Tilburg University en is raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof te Amsterdam. Deze publicatie is in licht bewerkte vorm uitgesproken als jaarrede voor de Vereniging voor Bouwrecht in december 2022.

² **Zie** over verdienstelijking op de consumentenmarkt uitgebreid E. Terry, ‘Cirulaire economie’, p. 53-67, 61, in: E.H. Hondius en V. Mak, *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020. Zie ook mijn eerdere bijdrage ‘De juridische kwalificatie van verdienstelijking in de gebouwde omgeving’, in het themanummer *Servitization in WPNR 2021/7326* en de bijdragen van R.M. Wibier en T.F.E. Tjong Tjin Tai over dit onderwerp in datzelfde themanummer.

³ Vgl. S. van Gulijk, *Circaire en veilig bouwen. Verantwoordelijkheid is geen estafettestokje* (oratie TIU 2019), Tilburg: Prisma Print 2019, p. 19; Zie ook R. Koolhoven e.a., *Circaire bouwen* (preadvies VBR), Den Haag: IBR 2018. Voorbeelden van verdienstelijking in de zakelijke bouwsector zijn circulaire wegen en viaducten, de gevel-als-dienst en de lease-lift.

⁴ Zie Terry 2020, p. 61 en V. Mak, ‘Consumentenbescherming bij servitization’, *TvP* 2019-3/4, p. 782.

⁵ Zie het Rutte IV coalitieakkoord ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’, online te raadplegen via <www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2022/01/10/coalitieakkoord-omzien-naar-elkaar-vooruitkijken-naar-de-toekomst>. Zie ook mijn gastcolumn ‘Een analyse van de eerste 100 dagen van het Ministerie van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening in Rutte IV’, *TBR* 2022/63. Zie ook uitgebreid L.C.A. Verstapen en F.J. Vonck (red.), *Duurzaam Wonen* (WPNR Boekenreeks, KNB preadviezen), Den Haag: Sdu Uitgevers: 2019.

⁶ Zie ook het hiervoor genoemde coalitieakkoord, p. 6-9: de grootschalige installatie van zonnepanelen op daken en een langjarig Nationaal Isolatieprogramma zijn belangrijke onderdelen van de verduurzaming van woningen.

⁷ Zie over de toepassing van lease- en huurovereenkomsten als juridisch kader voor duurzame gebouwoverdelen mijn bijdrage in *WPNR 2021/7326*. Zie ook: <www.rtnieuws.nl/nieuws/nederland/artikel/5346363/hybride-warmtepomp-betalen-met-je-vakantiedagen>.



prof. mr. dr. S. van Gulijk op de VBR jaarvergadering van 8 december 2022 | foto: Rob Kluitenberg

het product, na voor langere tijd verantwoordelijk te blijven voor de prestatie en het onderhoud daarvan, na verloop van tijd terugneemt om het te recyclen of upcyclen en opnieuw te vermarkten.⁸ Het voordeel voor de gebruiker is dat hij de vaak dure investerings- en onderhoudskosten kan spreiden over de contractuur en zich verzekert van een product dat up-to-date blijft.⁹ Waar het aangaan van zo'n duurrelatie voor typische gebruiksgoederen of domotica voor consumenten wat onnodig complex en hype-achtig¹⁰ overkomt (zoals een flexibel abonnement op je vaatwasser of een leaseplan voor je robotgrasmaaier), is dat anders bij duurzame warmte- en energievoorzieningen in een woning.

Maar deze ontwikkelingen rondom verdienstelijking hebben ook hun weerslag op de in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomsten. De verdringing van het koopcontract door het dienstverleningscontract zou consumenten minder rechtsbescherming bieden en eigendom minder belangrijk

maken, zo wordt geregeld betoogd¹¹ maar ook betwist.¹² Van verdringing is in de praktijk niet steeds sprake; een product kan ook verkocht en geleverd worden, waarna vervolgens een dienst wordt verleend. Denk aan het verrichten van service of onderhoud aan het verkochte product.¹³ Maar ook in dat geval worden grenzen tussen wettelijk geregelde overeenkomsten minder scherp.¹⁴ Vaak gaat het daarbij om gemengde overeenkomsten, dat wil zeggen een combinatie van een koop- en onderhoudsovereenkomst (de dienstverleningscomponent) of koop-/aannemingsovereenkomst. In deze bijdrage bespreek ik welke gevolgen de ontwikkeling van verdienstelijking op de particuliere woningmarkt heeft voor de contractenrechtelijke kwalificatie van de prestaties van partijen. Nu ook de rechter zich recent in verschillende zaken heeft uitgesproken over deze kwalificatievraag is het moment daar

11 Zie bijvoorbeeld C.M.D.S. Pavillon, 'Onderzoeksstudie rondom consumentenrecht en ecologische duurzaamheid', in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, RU Groningen 2020; V. Mak, 'Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?', *Ars Aequi* 2018, afl. 7/8, p. 664-671; E. Terryn e.a., *De verschuiving van een goederen- naar een diensteneconomie*, Preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: BJu 2019.

12 Onder meer door Van Boom 2022; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/69 en verdere verwijzingen; R.M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventierecht', *WPNR* 2021/7326, p. 416. Zie voor een alternatief R. Westrik, 'Circulariteit en privaatrecht. Een nieuw eigendomsconcept, of een Circulariteitswet?', *WPNR* 2022/7354, p. 27-28, die bepleit circulaire verplichtingen aan eigenaren op te leggen in een nieuw op te stellen Circulariteitswet. Hij put inspiratie uit de onderhoudsverplichting voor beschermde rijksmonumenten die in de Monumentenwet en thans de Erfgoedwet is gevolgd. Natrekking kan in zijn visie dan geen belemmering meer zijn voor de privaatrechtelijke inrichting van circulair bouwen.

13 Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/70d.

14 Hierover uitgebreid T.J. de Graaf, 'Combineren van koop en dienstverlening', in: *Sluiterijds. Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, 2020/28.

8 Zie ook de bijdrage van D.W. Aertsen, K. Heemrood-Van Dijk, P.J. van der Plank, W.F.L. Runge, K. Sanderse & C.H.J. Thomas, 'Circular bouwen', *NJB* 2022/235 over het bevorderen van hergebruik van bouwmaterialen en installaties met een terugnamegarantie.

9 Zie K. Hilwerda en A. Bos, 'Te huur: duurzame apparatuur - goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels', *Vastgoedrecht* 2020-6, p. 216, over de praktische problemen met natrekking of bestanddeelvorming waardoor de huurder na installatie eigenaar van de apparatuur is geworden. Zie over natrekking van zonnepanelen A.J. Verdaas, 'Rangwisseling door middel van een kwalitatieve verplichting', *WPNR* 2020/7276, p. 234 e.v. en P.J. van der Plank, 'Natrekking door onroerende zaken', *O&R* nr. 94, 2016/3.3.

10 Vgl. W.H. Van Boom, 'Wordt eigendom minder belangrijk? (nee)', *NBR* 2022/11.

voor een analyse van enkele recente uitspraken. Ik richt mij daarbij op de B2C-rechtsverhouding tussen de particuliere bewoner enerzijds en de verkoper/leverancier/opdrachtnemer anderzijds en neem duurzame energie- en verwarmingsinstallaties als uitgangspunt.

2. (Gebrekkige) consumentenbescherming bij duurzame diensten

Voor de particulier heeft het concept verdienstelijk verschillende voordelen: service en onderhoud van bijvoorbeeld de zonnepanelen en warmtepomp zijn geregeld, er hoeft geen hoog aanschafbedrag te worden betaald of geleend, men profiteert direct van de besparing op energie en wordt grotendeels ontzorgd bij calamiteiten. Maar er zijn ook keerzijden. De gemaakte prijsafspraken zijn niet altijd evenwichtig.¹⁵ Er is een stapeling van afspraken in contracten en algemene voorwaarden, waardoor de rechten en plichten van de particulier onduidelijk zijn.¹⁶ En het opzeggen van de dienst door de particulier kan moeizaam zijn en flinke financiële consequenties hebben, zoals betaling van een hoge demontagevergoeding en administratiekosten.¹⁷ In de praktijk zou de particulier zo juist duurder uit zijn indien hij een duurrelatie aangaat met langetermijn financiële verplichtingen, dan wanneer hij een korte termijn koopovereenkomst was aangegaan.¹⁸ De wettelijke consumentenbescherming voor product-as-a-service-overeenkomsten schiet tekort, wat is nodig om consumenten beter te beschermen? Pavillon pleit voor meer aandacht voor het zelfbeschikkingsrecht en de financiële positie van de particulier. Zoals door betere informatieverplichtingen (die toezien op duurzaamheidsaspecten) en verboden op niet-duurzame handelspraktijken. Dit soort maatregelen zijn volgens haar medebepalend voor het bereiken van de circulaire doelstellingen.¹⁹ Wat hier knelt is dat consumentenbeschermende regels vooral in het kooprecht tot bloei zijn gekomen, maar dat juist dat kooprecht niet meer leidend is in de transitie naar een circulaire economie. Overeenkomsten die traditioneel kwalificeren als koop vallen nu eerder onder huur of opdracht, terwijl hetzelfde product als genotobject dient. Maar het kan ook gaan om koopovereenkomsten waarbij 'on top off' diensten worden geleverd, zoals het geval is bij veel domotica in huizen, die worden verkocht, geleverd en waar vervolgens een softwarepakket moet worden on-

derhouden om het systeem draaiende te houden.²⁰ De combinatie van een aantal bijzondere benoemde overeenkomsten, zoals koop en huur, met een pakket aan diensten, zoals onderhoud, reparatie, updating, bijlevering van benodigde producten en vervanging, doet de traditionele scheidslijnen van benoemde overeenkomsten in het BW vervagen. Dat maakt de vraag naar hoe bepaalde prestaties van partijen in het kader van verdienstelijkheid kwalificeren in de praktijk een heel belangrijke. Afhankelijk van onder welke bijzondere overeenkomst die prestaties vallen geniet de particulier wel of geen bijzondere bescherming van het consumentenkooprecht in Titel 7.1 BW.

3. Kwalificatie van duurzame prestaties: koop, aanneming, koop-/aanneming, opdracht of toch dienst?

3.1 Afbakingsregels voor koop en aanneming

Is het opmerkelijk dat de wettelijke grenzen tussen bijzondere overeenkomsten in de praktijk vervagen? Nee, dat is het niet. De benoemde bijzondere overeenkomsten hebben in een geheel ander tijdsbestek hun weg gevonden naar Boek 7 BW.²¹ Ook toen bestonden al vage afbakeningingen tussen bepaalde typen benoemde bijzondere overeenkomsten, zoals tussen koop en aanneming, opdracht en aanneming, arbeid en aanneming en arbeid en huur.²² Onder meer het onderscheid tussen de koopovereenkomst en de aannemingsovereenkomst leidt in de literatuur en jurisprudentie vaak tot afbakingsvragen. Volgens Hijma zijn de verschillen tussen het koop- en het aannemingsregime wel kleiner geworden met de inwerkingtreding van de aannemingstitel in 2003.²³ Een handvat om het onderscheid tussen koop en aanneming te maken is onder meer dat bij roerende zaken sneller koop als regime geldt en bij onroerende zaken eerder aanneming van werk. Ook de wijze van vervaardiging is een afbakingscriterium: bij serieproductie volgens ontwerp van de maker is eerder sprake van koop, terwijl bij vervaardiging van een enkel stuk volgens de wensen van de afnemer eerder sprake is van aanneming van werk.²⁴ Grensgevallen tussen koop en aanneming, zoals een roerende zaak die wordt geleverd maar vervolgens nog moet worden vervaardigd, worden ofwel als koop, ofwel als aanneming, ofwel als een *gemengde* overeenkomst

15 Zie Terry'n 2020, p. 67.

16 Zie Mak 2019, p. 800.

17 De consumentenbond deed onderzoek naar deze dienst en bracht enkele nadelige contractvoorwaarden in kaart, zie <www.consumentenbond.nl/zonnepanelen/zonnepanelen-huren>.

18 Pavillon 2020, p. 41-42.

19 C.M.D.S. Pavillon, 'Dwingend consumentenrecht en de overgang naar een circulaire economie: het mes snijdt aan twee kanten', AA20220576, p. 576-585, p. 576 onder verwijzing naar andere bronnen van dezelfde auteur, en p. 581-582.

20 Vgl. voor dit onderscheid Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/70d.

21 Zie ook Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1990, p. XIII-XIV; zie specifiek voor de totstandkoming van de aannemingstitel Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/5.

22 Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/12; Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/33; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/35; Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/15.

23 Op de aanwezigheid van een opzeggingsbevoegdheid in geval van aanneming van werk na. Zie Asser/Hijma 7-I 2019/19-20; ook zo Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248c.

24 Asser/Hijma 7-I 2019/21.

gezien. In dat laatste geval geldt artikel 6:215 BW: de bepalingen van koop en aanneming zijn naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover zij niet goed verenigbaar zijn of de strekking van die bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet. De Hoge Raad overwoog in het arrest *Groeneveld Catering/de Staat* (2017) dat artikel 6:215 BW ziet op het geval dat een gemengde overeenkomst niet in twee of meer van elkaar onafhankelijke overeenkomsten kan worden gesplitst. Voor zover bepalingen, geldend voor de onderscheiden soorten overeenkomsten, niet met elkaar te verenigen zijn, moet dan door *uitleg* van de gemengde overeenkomst worden beoordeeld welke bepaling in het concrete geval moet prevaleren.²⁵ Belangrijk hierbij is dat artikel 6:215 BW wordt beschouwd als een flexibel toetsingskader: cumulatie van de betrokken regels is slechts een eerste aanwijzing.²⁶

Een bijzondere benadering is aangewezen wanneer het *B2C*-contracten betreft. In dat geval is voor de samenhang tussen consumentenkoop en aanneming van werk artikel 7:5 BW leidend. Lid 4 van dat artikel geeft aan dat als de te leveren roerende zaak nog tot stand moet worden gebracht en de overeenkomst krachtens welke deze zaak moet worden geleverd voldoet aan de definitie van aanneming van werk, de overeenkomst mede als een *consumentenkoop* wordt aangemerkt als de overeenkomst wordt gesloten door een professioneel handelende aannemer en een particuliere opdrachtgever. De bepalingen van de titel koop en aanneming zijn dan naast elkaar van toepassing. Bij strijdige bepalingen heeft de kooptitel voorrang. Het gezamenlijke pad van koop en aanneming scheidt zich in elk geval zeker als dienstverlening de kern van de overeenkomst is en het koop/verkoop-element daaraan ondergeschikt is, aldus Hijma.²⁷ Bijvoorbeeld wanneer het gaat om te leveren materialen voor het tot stand brengen van een werk.²⁸ In die gevallen kwalificeert de overeenkomst duidelijk als aanneming van werk.²⁹

3.2 Het verwarrende begrip 'dienst' in relatie tot aanneming

In plaats van aanneming van werk wordt vaak het begrip dienst gebruikt voor de te verrichten werkzaamheden door de aannemer. Dienstverlening is in de wet een overkoepelend begrip voor overeenkomsten tot het verrichten van werkzaamheden, namelijk de arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en overeenkomst van opdracht.³⁰ In het Burgerlijk Wetboek is voor deze drie overeenkomsten duidelijk een gescheiden, parallelle regeling opgenomen³¹, die vaak onderwerp van kritiek is geweest.³² Zo is onder meer voorgesteld de aannemingsovereenkomst als species van de opdracht te regelen.³³ Daarvoor is bewust niet gekozen, onder meer omdat aanneming van werk op stoffelijke objecten ziet en de opdracht op intellectuele arbeid. Het wettelijke begrip 'opdracht' is bovendien bedoeld als een beknopte aanduiding, die aansluit bij het spraakgebruik inzake dienstverlening, maar tegenwoordig wordt vooral van dienstverlening of het leveren van diensten gesproken. Dienstverlening en opdracht kunnen juridisch gezien als synoniemen beschouwd worden, aldus Tjong Tjin Tai.³⁴ Dat brengt mij bij de vraag hoe nu de onder het label van 'servitization' verrichte werkzaamheden juridisch moeten worden gekwalificeerd. Hoewel de naam uiteraard anders doet vermoeden, is gellet op bovenstaande beschrijving van het begrip dienst goed te beargumenteren dat bij verdienstelijking juist geen sprake is van een overeenkomst van opdracht, maar van een gemengde overeenkomst van koop en aanneming van werk. Nemen we het voorbeeld van de zonnepanelen terug op, dan is het koop- en leveringsdeel niet per se ondergeschikt of bijkomstig aan het installatiedeel (waardoor niet automatisch al sprake is van aanneming van werk). Beide kenmerkende prestaties uit de overeenkomst (koop/levering en installatie³⁵) kunnen uiteraard niet zonder elkaar om het beoogde resultaat (energiebesparing in de verduurzaamde woning) te bereiken. De ene prestatie wordt niet overschaduwed door de andere, de prestaties zijn te splitsen in een koop- en een aannemingsdeel. Uitgaande van een

²⁵ HR 10 maart 2017, NJ 2017/336 (Groeneveld Catering/de Staat).

²⁶ Asser/Sieburgh 6-III 2018/67.

²⁷ Asser/Hijma 7-I 2019/21.

²⁸ Een goed voorbeeld in de rechtspraak hiervan is de zaak Schotelius (ook wel: renovatie zwembad), HvJ EU 7 september 2017, nr. C-247/16, ECLI:EU:C:2017:638. Het ging om een overeenkomst tot renovatie van een zwembad, waarbij de consument van de aannemer goederen had gekocht ten behoeve van die renovatie (een filtersysteem met pomp). Toch werd de overeenkomst gekwalificeerd als een aannemingsovereenkomst want het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst bestond in de dienstverlening, namelijk de installatie van die goederen in het zwembad, en de verkoop van die goederen was daaraan ondergeschikt. Zie verder over deze zaak C.A.N.M.Y. Cauffman, 'Consumentenkoop 2017-2018' *TvC* 2019, afl. 3, p. 124-131.

²⁹ Zie ook Asser/*Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/35.

³⁰ Waaronder begrepen de gekwalificeerde vormen van opdracht lastgeving, de bemiddelingsovereenkomst, de agentuurovereenkomst. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/7.

³¹ *Kamerstukken II* 1991/92, 17 779, nr. 8, p. 2. Zie ook Asser/*Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/19 e.v.

³² Zie uitgebreid Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/35.

³³ Vgl. Asser/*Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2017/26; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Service Contracts in the Dutch Civil Code' in: R. Zimmermann, *Service Contracts*, Tubingen: Mohr Siebeck 2010, p. 172-173.

³⁴ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/15. Hij verwijst daarbij ook naar andere wetsartikelen zoals art. 6:230g lid 1 onder d BW dat spreekt van een 'overeenkomst tot het verrichten van diensten'.

³⁵ Hijma wijst er terecht op dat het begrip installatie ruim moet worden opgevat en ook gevallen omvat een verband tussen de zaak (zonnepanelen) en haar nieuwe omgeving (het dak van een woning) moet worden aangebracht. Zie Asser/Hijma 7-I 2019/514 onder verwijzing naar M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. BW nr. B65b) 2014/32.

particuliere woningeigenaar wordt de overeenkomst, in diens voordeel, als consumentenkoop in de zin van art. 7:5 lid 4 BW beschouwd en prevaleren de gunstige consumentenkoopregels uit Titel 7.1 BW. Zo bepaalt art. 7:18 lid 3 BW bijvoorbeeld dat ondeugdelijke installatie van de zonnepanelen wordt beschouwd als non-conformiteit zoals dat bij een gebrekkige zaak geldt.³⁶ Voor de bescherming van de rechten van de consument is dit een belangrijk gegeven: de particulier koper/opdrachtgever heeft bij deze gemengde overeenkomsten dezelfde rechten als ware het een zuivere koopovereenkomst. Zo bekeken is pas sprake van een dienstenovereenkomst als aan de gemengde koop- en aannemingsovereenkomst ook een service- of onderhoudsovereenkomst wordt gekoppeld. In dat geval geldt voor de particulier echter een ongunstigere wettelijke regeling. Voor de juridische positie van de contractspartijen heeft de kwalificatievraag in de rechtspraak dus veel gevolgen.

Overigens bestaan over het onderscheid tussen gemengde overeenkomsten en gekoppelde of gestapelde overeenkomsten veel verschillende opvattingen.³⁷ In beginsel moet bij gestapelde prestaties een duurrelatie als uitgangspunt gelden, omdat gedurende langere tijd steeds terugkerende wederzijdse prestaties worden verricht.³⁸ De Graaf legde onlangs uit dat als elementen van *koop en dienstverlening* in één overeenkomst zijn opgenomen er drie opties zijn:

- de overeenkomst splitsen,
- de op beide prestaties van toepassing zijnde wettelijke regelingen combineren, of
- het koopelement de dienstverlening laten overschaduwen of absorberen (of andersom).³⁹

Ingeval twee afzonderlijke overeenkomsten hebben zij ieder hun eigen regelstelsel, waaruit onder meer verschillende regels met betrekking tot opzegging, remedies en de aard van de verbintenis voortvloeien. De rechter heeft die beide regelstelsels te respecteren en toe te passen.

4. Kwalificatie van de koop-/aannemingsovereenkomst in recente jurisprudentie

4.1 Algemene inzichten

Rechters stoeien in de praktijk geregeld met de toepassing van het juiste regelstelsel bij gemengde koop-/aannemingsovereenkomsten. Zo werd in een geval waarin een aannemer voor een particuliere woningbezitter een tuin met bamboevloer zou leveren en aanleggen, geoordeeld dat sprake was van een gemengde overeenkomst van aanneming van werk en consumentenkoop. De rechter paste, gelet op artikel 7:5 lid 4 BW, zowel de regels van aanneming van werk als consumentenkoop toe. Hierdoor kwam de aannemer geen beroep toe op artikel 7:758 lid 3 BW en moest hij genoeg nemen met de voor hem minder gunstige klachtplichtregeling uit artikel 7:23 BW.⁴⁰ Het geval waarin een aannemer de dakconstructie van de woning van opdrachtgevers verving en een vaste trap naar de zolderverdieping zou aanbrengen met op maat gemaakte prefab-materialen, werd dan weer niet als consumentenkoop gezien. Volgens het hof⁴¹ leidt de opvatting ‘dat elke aannemingsovereenkomst waarbinnen goederen worden geleverd onder art. 7:5 lid 4 BW valt, tot “het ongerijmde resultaat” dat vrijwel alle overeenkomsten tot aanneming van werk onder de consumentenkoop vallen omdat niet goed denkbaar is dat aanneemwerkzaamheden verricht worden, zonder dat daarbij uit voorraad leverbare standaardmaterialen worden geleverd.’⁴²

Maatgevend voor deze kwalificatievraag is het In-scharingarrest⁴³: ‘De vraag naar de kwalificatie van een overeenkomst moet evenwel worden onderscheiden van de - daaraan voorafgaande - vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen, welke vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de *Haviltex*maatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de inhoud van de overeenkomst heeft vastgesteld door middel van uitleg, kan hij beoordelen welke kenmerken die [*SvG*: *bijzondere*] overeenkomst [*SvG*: *kwalificatie*] heeft.’⁴⁴ Bij twijfel over de kwalificatie van een overeenkomst, geldt dus *eerst uitleg* en dan pas kwalificatie om te bepalen welke regels van toepassing zijn. Zie voor de toepassing hiervan in een koop-/

³⁶ Vgl. Asser/*Hijma* 7-1 2019/514.

³⁷ Asser/*Houben* 7-X 2019/15 geeft daarvan een beknopt overzicht. Zie ook Asser/*Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/35.

³⁸ Vgl. Asser/*Sieburgh* 6-III 2018/89.

³⁹ Zie De Graaf 2020/28. Ten aanzien van de absorptieer wijst hij op de implementatie van de richtlijnen consumentenkoop en digitale inhoud 2019, die ertoe leiden dat de verantwoordelijkheid van de verkoper toeneemt omdat hij ook na aflevering moet blijven voorzien in service (updates doorvoeren bijvoorbeeld) aan het geleverde. Zie over dit onderwerp ook uitgebreid: D.J.B. Op Heij, *De overeenkomst over digitale inhoud in een B2C-rechtsverhouding: Een onderzoek naar het juridisch kader ter bescherming van de consument*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

⁴⁰ Rb. Noord-Nederland 24 november 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4439.

⁴¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:741.

⁴² Ook zo: Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2127.

⁴³ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, *NJ* 2020/43. Het ging in deze uitspraak om de vraag of partijen een pachtovereenkomst hadden gesloten. De Hoge Raad oordeelde dat de rechter niet aan de hand van voorschriften die voor een pachtovereenkomst gelden, mag vaststellen of partijen wel of niet beoogden een pachtovereenkomst aan te gaan. De rechter moet eerst met behulp van de *Haviltex*-maatstaf de inhoud van de wederzijdse rechten en plichten vaststellen.

⁴⁴ Zie rov. 5.8.

aannemingssituatie een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch⁴⁵ waarin aan de orde kwam of een overeenkomst voor de ontwikkeling van een snelkoppeling voor de bevestiging van opladers aan vrachtwagens een koopovereenkomst of aannemingsovereenkomst is. Met toepassing van de Haviltex-maatstaf overweegt de rechter allereerst dat sprake is van een overeenkomst die tot stand is gekomen tussen professionele ondernemers waarbij de ontwerper op verzoek van opdrachtgever voor eigen rekening een prototype heeft ontworpen van een snelkoppeling. Hieruit leidt de rechter af dat deze overeenkomst eerder de karakteristieken van een koopovereenkomst dan van een aannemingsovereenkomst heeft, omdat het element 'tegen betaling van een prijs in geld' ontbreekt in de overeengekomen prestaties. De ontwikkeling van het prototype is voor de ontwerper geheel voor eigen rekening. Het hof legt de overeenkomst dus uit als een tussen partijen gesloten koopovereenkomst met betrekking tot de levering van zeven prototypes van een snelkoppeling.

4.2 Jurisprudentie over duurzame energie- en verwarmingsinstallaties

Ook op het terrein van de verduurzaming van woningen door particulieren laat recente jurisprudentie zien dat de kwalificatie van de prestaties van partijen niet eenvoudig is. In een zaak⁴⁶ die ging om een door aannemster geleverde en gemonteerde warmtepompinstallatie, die volgens de koper niet aan de overeenkomst beantwoordde (het beloofde energieverbruik bleek veel hoger dan door aannemster geschat), oordeelde de rechtbank dat partijen twee overeenkomsten met elkaar hebben gesloten. Ten eerste een koop-/aannemingsovereenkomst ten behoeve van de koop, levering en montage van de warmtepompinstallatie. Ten tweede een overeenkomst van opdracht, betreffende het onderhoud van de warmtepomp. De rechter paste art. 7:5 lid 4 BW toe, waardoor het consumentenkoopregime van toepassing is en de non-conformiteitsregels uit art. 7:18 BW gelden. Dit brengt in casu mee dat het gestelde feit dat het energieverbruik tweemaal zo hoog is dan aannemster had geschat, op zichzelf staand geen non-conformiteit van de warmtepompinstallatie oplevert.⁴⁷

In een andere recente zaak⁴⁸ met betrekking tot de installatie van een warmtepomp en zonnepanelen moest eveneens worden geoordeeld over de kwalificatie van de overeengekomen prestaties. Het betrof een particuliere woningbezitter die een over-

eenkomst met een aannemer had gesloten voor het leveren en monteren van een hybride/thermische installatie in zijn woning, bestaande uit een warmtepomp, buffervaten en zonnepanelen, waarvan de rendementen nogal tegenvielen. Naar het oordeel van de rechtbank hebben partijen een gemengde koop-/aannemingsovereenkomst gesloten, die zowel betrekking heeft op een consumentenkoop in de zin van artikel 7:5 BW als op aanneming van werk voor het element installatie/montage. Ook hier paste de rechter artikel 7:18 lid 3 BW toe, waardoor bij een ondeugdelijke installatie/montage van een consumentengoed de koper in casu ook de rechten van artikel 7:21 BW toekomen.⁴⁹

De kwalificatie van de prestatie(s) als consumentenkoop kan ook meebrengen dat in het Europees recht ontwikkelde leerstukken door de rechter moeten worden toegepast op het geschil. Zie bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 23 november 2022⁵⁰ waar moest worden geoordeeld over de kwalificatie van overeenkomsten die de aannemer verplichten tot het leveren en plaatsen van het riool, de waterleiding, de vloerverwarming, de warmtepomp met (grotere) boiler, de afzuiginstallatie, de waterontharder en de zinken regenwaterafvoer. Partijen stelden zich in de procedure op het standpunt dat de tussen hen gesloten overeenkomsten overeenkomsten van aanneming van werk zijn. De rechtbank oordeelde⁵¹ echter dat wat betreft de warmtepomp, de afzuiginstallatie en de waterontharder sprake is van een *gemengde overeenkomst* van aanneming van werk voor wat betreft de installatie hiervan én van een consumentenkoop voor wat betreft de koop en levering van deze zaken. Dat brengt niet alleen mee dat op grond van artikel 6:215 BW de bepalingen van consumentenkoop en aanneming van werk naast elkaar van toepassing zijn, maar ook dat de rechtbank ambtshalve moet toetsen of zij bevoegd is van het geschil kennis te nemen.⁵² Bovendien dient de rechtbank op grond van vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie de regels van consumentenkoop ambtshalve toe te passen, ook wanneer een partij niet de stelling heeft ingenomen dat sprake is van een consumentenkoop.⁵³ De rechtbank is dus verplicht om te onderzoeken of in dit geschil mede sprake is van een consumentenkoop. Daar komt bij dat de rechter, gelet op de Richtlijn oneerlijke bedingen⁵⁴ en het arrest

⁴⁵ Hof 's-Hertogenbosch 25 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1517.

⁴⁶ Rb. Gelderland 6 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1742.

⁴⁷ Wel hebben de vele storingen in de installatie een normaal gebruik van de installatie belemmerd, waardoor aannemster is tekortgeschoten in haar verplichting tot levering van een warmtepompinstallatie die aan de overeenkomst beantwoordt.

⁴⁸ Rb. Gelderland 2 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:930.

⁴⁹ In het tussenvonnissen wordt geoordeeld dat aannemster in haar offerte niet heeft toegezegd dat de woning energieneutraal zou worden, maar wel op basis van een berekening heeft voorgespiegeld dat de installatie een bepaalde besparing zou opleveren welke vermoedelijk niet is gerealiseerd.

⁵⁰ ECLI:NL:RBZWB:2022:7028.

⁵¹ Het gaat om een voorlopig tussenvoordeel.

⁵² Zie artikel 93 onder c Rv.

⁵³ Zie rov. 3.1.

⁵⁴ Europese Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

Heesakkers/Voets⁵⁵, nu het hier immers mede gaat om een consumentenkoop, gehouden is ambtshalve te onderzoeken of de schadebeperkende bedingen in de algemene voorwaarden van de aannemer en waarop de aannemer zich in de procedure beroept oneerlijk zijn (en zo ja, dit beding moet vernietigen gelet op art. 6:233 BW).

Ten slotte behandel ik een uitspraak van de Rechtbank Gelderland⁵⁶ over een geïnstalleerde verwarmingsinstallatie in een particuliere woning, waarin ook moest worden geoordeeld over de vraag of de garantie ook onderdeel van de gesloten overeenkomst was. Door de particulier werd gesteld dat partijen een aannemingsovereenkomst hadden gesloten, waarbij de aannemer had gegarandeerd dat het energieverbruik van de te leveren en installeren installatie op nul zou uitkomen. De aannemer stelde echter dat hij alleen de componenten van de installatie heeft verkocht aan de particulier, zodat de overeenkomst als een koopovereenkomst moest worden gekwalificeerd. De rechter ging daarin mee en oordeelde dat in elk geval een koopovereenkomst is gesloten, maar daarnaast ook een aannemingsovereenkomst omdat de door de wederpartij geleverde componenten ook op zijn verzoek bij de particulier zijn geïnstalleerd. Op de aannemer rustte dus ook de verplichting om de verschillende onderdelen van de installatie te monteren. De rechter oordeelde daarom dat de overeenkomst tussen partijen een gemengde overeenkomst van koop en aanneming is en artikel 6:215 BW van toepassing is. De rechtbank overwoog dat sprake is van non-conformiteit zoals bedoeld in artikel 7:17 BW, omdat een installatie is geleverd die ongeschikt was om het overeengekomen doel ('nul op de gasmeter') te bereiken. De installatie is, mede gelet op de warmtevraag in de woning (met zwembad) en het bijgebouw, hiervoor niet geschikt en kan niet voldoen aan de erop afgegeven garantie.

Een interessant bijkomend discussiepunt in deze zaak is hoe beloftes of garanties als 'nul op de meter' moeten worden beoordeeld: als een inspan-

nings- of een resultaatsverbintenis?⁵⁷ De aannemer in deze zaak betoogde dat de prestatie waartoe hij zich jegens de particulier had verbonden hoogstens de verplichting inhield dat hij zich zou inspannen om een resultaat, zijnde nul op de meter, te halen. Het zou gaan om een uitgangspunt dat hooguit een inspanningsverplichting meebrengt. De particulier betoogde dat sprake is van een resultaatsverbintenis, onder meer omdat de brochure van de aannemer eveneens de boodschap 'nul op de meter', oftewel geen gasverbruik, uitdroeg. De rechtbank oordeelde hierover dat hoewel die boodschap in de betreffende brochure inderdaad wordt uitgedragen van een garantie geen sprake is. Daarbij woog de rechter mee dat het bereiken van dat doel ook afhankelijk is van andere omstandigheden, zoals het consumptief energieverbruik. In de warmtebehoefte van de particulier in kwestie kon onmogelijk worden voorzien met de door de geplaatste installatie opgewekte energie, waardoor de aannemer toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. Overeenkomstig werd ook geoordeeld door de Rechtbank Midden-Nederland in een zaak die ging over de vraag of een *geluidsarme* warmtepompinstallatie was gegarandeerd door het bouwteam. De rechter nam ook hier als uitgangspunt bij de beoordeling van die vraag dat moeilijk garanties gegeven kunnen worden voor het uitblijven van merkbaar geluid in de woonkamer, omdat dit een subjectieve waarneming betreft.⁵⁸

5. Tot slot

Het benoemen van overeenkomsten kan in de praktijk van verduurzaming en verdienstelijking tot kwalificatieproblemen leiden, omdat grenzen

⁵⁷ Zie over de garantie van 'nul op de meter' door opdrachtnemers ook het rapport van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), 'Nul op de meter: Ervaringen van vernieuwers in de woningbouw', RvO 2015 (publ.nr. RVO-059-1501/BR-DUZA), p.13: 'De ontwikkelaars beloven de hoge energieprestatie niet alleen op papier en aan de voorkant van het proces, maar garanderen het ook. Zij leggen het vast in een prestatiecontract, inclusief een bonusmalusafspraken. Vaak maken monitoring en langjarig onderhoud deel uit van het contract. De ontwikkelaars willen natuurlijk wel kunnen vaststellen wat er aan de hand is, als de prestatie niet wordt geleverd. Bovendien willen zij leren van eventuele fouten. De looptijd van de prestatiecontracten varieert van 10 tot zelfs 40 jaar, vaak afhankelijk van wat een opdrachtgever in een specifiek project wenst en van de garanties die ontwikkelaars van hun co-makers en leveranciers krijgen. Voor de afgesproken termijn garandeert de ontwikkelaar dat de energienota aan het eind van ieder jaar op nul uitkomt, dat de meterstand op nul blijft of dat het gebouwgebonden energiegebruik per saldo nul is.'

⁵⁸ Rb. Midden-Nederland 28 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:748. Zie in dit verband ook Rechtbank Rotterdam 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9189 (over de non-conformiteit van een klimaatinstallatie in een kantoorgebouw en de vraag of aan de gegeven garanties is voldaan) en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:9848 (waarin werd geoordeeld dat de aannemer is tekort geschoten in de overeenkomst nu het door hem geleverde en geïnstalleerde warmtepompsysteem niet voldoet aan de overeengekomen garantie dat de ruimtetemperatuur in de bedrijfshal 16 graden bedraagt bij een buitentemperatuur van -10 graden).

⁵⁵ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691.

⁵⁶ Rb. Gelderland 8 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2884.

in het bijzondere overeenkomstenrecht vervagen. Zo beschreef ik dat de koopovereenkomst meestal niet volstaat om product-as-a-service afspraken te reguleren, dat aanneming van werk zich in beginsel niet leent als juridisch kader voor meerjarige dienstverleningsactiviteiten na oplevering,⁵⁹ en dat de overeenkomst van opdracht te algemeen van aard en opzet is om voldoende rechtsbescherming te bieden.⁶⁰ juist de combinatie van verschillende prestaties zorgt voor verduurzaming. Vergelijkbaar met de koop-/aannemingsovereenkomst kun je spreken van een 'package deal', waarbij de prestaties over en weer vaak niet onder één verbintenissenrechtelijke noemer passen.⁶¹ In beginsel cumu-

leren de betrokken regels, tenzij de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet.⁶² Maar de prestatieplichten van leveranciers, aannemer en opdrachtnemers hebben een zeer verschillende reikwijdte en de gangbare criteria 'strekking van de overeenkomst in hoofdzaak', 'de aard van de overeenkomst', en 'de bedoeling van partijen' geven rechters niet altijd houvast ter bepaling van het toepasselijke regelstelsel. Dat kan ertoe leiden dat het voor rechtszoekenden onduidelijk is welke rechten en plichten geldend zijn, wat vooral in het geval van particuliere contractspartijen onwenselijk is in transitie naar een duurzame gebouwde omgeving. ●

⁵⁹ Dat geldt ook voor de rechtsfiguur bewerking van zaken, die ziet op reparaties, onderhoud, verbouwing, reiniging en veranderingen aan eerder tot stand gebrachte roerende, onroerende of stoffelijke zaken. Dergelijke activiteiten vallen onder het bereik van aanneming van werken, aldus de wetgever bij de totstandkoming van Titel 7:12 BW (MvA, *Kamerstukken I 2002/03*, 23 095, 38a, p. 9-10). Nu de bewerking van zaken niet expliciet als gekwalificeerde vorm van aanneming van werk is geregeld (zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst, lastgeving, agentuur en bemiddelingsovereenkomst als species van de overeenkomst van opdracht), biedt deze rechtsfiguur nog onvoldoende wettelijke aanknopingspunten voor de regulering van bijvoorbeeld prestatieplichten van partijen ten behoeve van duurzame dienstverlening na oplevering. Zie hierover uitgebreider Asser/*Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2017/29*.

⁶⁰ Zie ook Terryn 2020, p. 62-63; B. van Schaick, *Digitalisering en het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

⁶¹ Bijvoorbeeld de koop-/aannemingsovereenkomst in de zin van art. 6:215 BW. Bruggeman wijst erop dat koop en aanneming onlosmakelijk verbonden zijn. Zie E.M. Bruggeman, *De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief*, Den Haag: IBR 2010, p. 63. Zie ook Asser/*Hijma 7-I** 2013/17, waar van gekoppelde contracten wordt gesproken.

⁶² Asser/*Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/47*. Zie over het splitsen van koop en dienstverlening ook T.J. de Graaf, 'Combineren van koop en dienstverlening', in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluiterijd, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.