



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het grensgebied van werken, leveringen en diensten

Koten, T.I. van; Hebly, J.M.

Citation

Koten, T. I. van, & Hebly, J. M. (2005). Het grensgebied van werken, leveringen en diensten. *Bw-Krant Jaarboek*, 21, 49-64. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36740>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36740>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3 | Het grensgebied van werken, leveringen en diensten

T.I. van Koten & J.M. Hebly[■]

1 INLEIDING

Het Europees aanbestedingsrecht is opgekomen in de jaren '70 van de vorige eeuw. In 1971 verscheen Richtlijn 71/305/EEG¹ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Spoedig daarna volgde een richtlijn die betrekking had op de aanbesteding van overheidsopdrachten voor leveringen.² Het aanbestedingsrecht heeft sindsdien een grote ontwikkeling doorgemaakt vanwege het positieve effect op de marktwerking bij het verstrekken van overheidsopdrachten. Die ontwikkeling werd versterkt doordat eind jaren '80, begin jaren '90 aanscherping van de bestaande richtlijnen plaatsvond en aanvullende richtlijnen tot stand kwamen voor diensten en voor opdrachten in de nutssectoren. Ook de handhaving³ en de controle op de naleving door de Europese Commissie werden verscherpt.⁴

De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd door middel van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen⁵ en twee op die wet gebaseerde AMvB's. De wetgever heeft destijds afgezien van implementatie door middel van een eigen Nederlandse aanbestedingswet en gekozen voor implementatie van de richtlijnen door enkele verwijzing naar die richtlijnen met daarbij een verplichting om die richtlijnen toe te passen.⁶ Wel hebben de nodige Uniforme Aanbestedingsreglementen en Beleidsregels het licht gezien om de te volgen aanbestedingsprocedures gedetailleerder te beschrijven.

■ Mevrouw T.I. van Koten was tot voor kort ambtenaar van staat bij de Raad van State en is thans advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam; J.M. Hebly is bijzonder hoogleraar Bouwrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam.

1 PbEG, L185 van 16 augustus 1971.

2 Richtlijn 77/62, PbEG L13/1 van 21 december 1976.

3 De handhabingsbepalingen werden gecoördineerd door middel van de richtlijnen Rechtsbescherming 89/665/EEG en 92/13/EEG voor de nutssectoren.

4 Zie verder E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. Nouhuys, *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: 2004 (Handboek Aanbestedingsrecht), p. 479-487.

5 Wet van 31 maart 1993, *Stb.* 212, tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van producten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten.

6 Een eigen Nederlandse aanbestedingswet is nu wel in voorbereiding, zie Brief minister van economische zaken aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 709, nr. 4.

Het Europese aanbestedingsrecht heeft tot op heden niet geleid tot wijziging van het Nederlandse burgerlijk wetboek (hierna: BW). Aangezien het Europese aanbestedingsrecht betrekking heeft op de totstandkoming van overeenkomsten voor werken, leveringen en diensten en het BW bepalingen bevat die zien op deze overeenkomsten, komt het zinvol voor eens te bezien of de Europese aanbestedingsrichtlijnen nopen tot aanpassing van deze bepalingen van het BW. In deze bijdrage wordt op die vraag ingegaan.⁷

2 EUROPEES AANBESTEDINGSRECHT

De huidige Europese aanbestedingsrichtlijnen: de richtlijn Werken, de richtlijn Leveringen en de richtlijn Diensten⁸ zijn – kort gezegd – van toepassing op het uitgeven van een overheidsopdracht, indien de waarde van die opdracht hoger is dan de drempelwaarde genoemd in de relevante richtlijn. Op 31 maart 2004 is een nieuwe Algemene richtlijn voor Werken, Leveringen en Diensten (hierna: de Algemene richtlijn)⁹ tot stand gekomen. Deze moet uiterlijk op 31 januari 2006 in het Nederlandse recht zijn omgezet. In verband met de op korte termijn te verwachten implementatie van de Algemene richtlijn wordt in deze bijdrage die richtlijn tot uitgangspunt genomen. Ten aanzien van het in deze bijdrage te behandelen onderwerp wijken oud en nieuw overigens niet inhoudelijk van elkaar af.

2.1 Overheidsopdracht

In de Algemene richtlijn wordt onder ‘overheidsopdrachten’ verstaan:¹⁰

‘schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn’.

Aanbestedende diensten zijn volgens de Algemene richtlijn onder meer de staat, zijn territoriale lichamen en publiekrechtelijke instellingen. De centrale overheid en decentrale overheden, zoals ministeries, Hoge Colleges van Staat,

7 In het navolgende wordt daarbij enkel verwezen naar de richtlijnen voor de klassieke sectoren; de hier behandelde onderwerpen gelden echter *mutatis mutandis* voor de richtlijnen voor de nutssectoren.

8 Zie richtlijn 93/37/EG, *PbEG* L199/54 van 14 juni 1993 (Werken); richtlijn 93/36/EG, *PbEG* L199/1 van 14 juni 1993 (Leveringen); richtlijn 92/50/EG, *PbEG* L 209/1 van 18 juni 1992 (Diensten).

9 Richtlijn 2004/18/EG, *PbEG* L134/114 van 31 maart 2004.

10 Zie artikel 1 lid 2 onder a Algemene richtlijn.

provincies, gemeenten en waterschappen, vallen in ieder geval onder het begrip 'aanbestedende dienst'. Daarnaast worden ook publiekrechtelijke instellingen als aanbestedende dienst aangemerkt. Onder publiekrechtelijke instelling wordt ingevolge de Algemene richtlijn verstaan,¹¹ iedere instelling:

- '- die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,
- die rechtspersoonlijkheid bezit, en
- waarvan of wel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan, voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.'

Bijlage III bij de Algemene richtlijn bevat een niet-limitatieve lijst van publiekrechtelijke instellingen. Op deze lijst staan de publiekrechtelijke instellingen die volgens de meest recente inzichten aldus worden beschouwd. De lijst voor Nederland is omvangrijk. De meest actuele versie is te vinden op de website van het ministerie van Economische Zaken.¹² Uit dit overzicht blijkt dat onder meer universiteiten, academische ziekenhuizen, de Nederlandse Bank en de Sociale Verzekeringsbank worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling.

De Algemene richtlijn is slechts van toepassing als sprake is van een aanbestedende dienst; dus wanneer de overheid in ruime zin een opdracht wil plaatsen. Het is van belang te realiseren dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen aldus niet van toepassing zijn op opdrachten die door private partijen, zoals ondernemingen of consumenten, geplaatst worden.¹³

Wanneer een aanbestedende dienst een overheidsopdracht in de markt zet waarvan de waarde boven het relevante drempelbedrag uitkomt, is de regeling van de Algemene richtlijn van toepassing. Bij het vaststellen van de waarde van een opdracht gaat het om de geraamde waarde. De Algemene richtlijn zelf bevat een methode voor de berekening hiervan.¹⁴ Afhankelijk van de soort overheidsopdracht geldt voor leveringen en diensten een drempelwaarde van € 154.000,- (ruwweg voor opdrachten geplaatst door de centrale overheid) of € 236.000,- (voor opdrachten geplaatst door de overige aanbestedende diensten, opdrachten in verband met defensie en diensten van bijlage

11 Artikel 1 lid 9 Algemene richtlijn.

12 Zie <www.minez.nl> onder Onderwerpen/Index/Europees aanbesteden overheid/overheidsorganisatie/publiekrechtelijke instelling.

13 Ingevolge de richtlijn Nutssectoren kunnen private partijen die een relevante activiteit uitoefenen in de zin van die richtlijn, aanbestedingsplichtig zijn conform die richtlijn.

14 Zie artikel 9 van de Algemene Richtlijn.

IIb), exclusief BTW. Voor overheidsopdrachten voor werken ligt de drempelwaarde op € 5.923.000,-.¹⁵

2.2 Werken, leveringen en diensten

De Algemene richtlijn geeft ook definities van de overheidsopdrachten die binnen het toepassingsgebied vallen. Onder ‘overheidsopdrachten voor werken’ moet volgens artikel 1 lid 2 onder b van de Algemene richtlijn worden verstaan:

‘overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Een ‘werk’ is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen’.

In de Algemene richtlijn wordt onder ‘overheidsopdrachten voor leveringen’ verstaan (artikel 1 lid 2 onder c):

‘andere dan onder b) bedoelde overheidsopdrachten die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten’.

Tenslotte worden ‘overheidsopdrachten voor diensten’ in artikel 1 lid 2 sub d gedefinieerd als:

‘andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten. Een overheidsopdracht die zowel op producten als op diensten in de zin van bijlage II betrekking heeft, wordt als een ‘overheidsopdracht voor diensten’ beschouwd indien de waarde van de desbetreffende diensten hoger is dan die van de in de opdracht opgenomen producten’.

In twee bijlagen wordt een overzicht gegeven van de werkzaamheden (Bijlage I) en diensten (Bijlage II) waarop de richtlijn van toepassing is. Bijlage I bevat een opsomming van bouwkundige werkzaamheden zoals het bouwrijp maken van terreinen, burgerlijke en utiliteitsbouw waaronder de bouw van gebouwen en de uitvoering van civieltechnische werken, weg- en waterbouw waaronder de bouw van autowegen, haven- en rivierwerken, installatiewerkzaamheden en afwerking van gebouwen.

¹⁵ Zie Verordening 1874/2004/EG van de Commissie van 28 oktober 2004, *Pb* L 326/17 van 29 oktober 2004.

Bijlage II is onderverdeeld in Bijlage IIA en Bijlage IIB, aangezien de Algemene richtlijn onderscheid maakt tussen diensten waarop het volle regime van de Richtlijn van toepassing is (IIA-diensten) en opdrachten voor diensten waarvoor slechts enkele procedurevoorschriften gelden (eigenlijk alleen gemeenschappelijke regels op technisch gebied en een verplichting tot bekendmaking achteraf), de zogenoemde IIB-diensten.¹⁶ Onder diensten in de zin van de richtlijn vallen bijvoorbeeld onderhoud en reparatie, vervoersdiensten, diensten van financiële instellingen: verzekeringsdiensten, bankdiensten en diensten in verband met beleggingen, diensten van architecten, diensten van reiniging van gebouwen en beheer van onroerend goed, straatreiniging en afvalinzameling. Deze bijlagen maken naast een omschrijving gebruik van zogenoemde CPC- en CPV-codes.¹⁷ Door het hanteren van deze codes kan het voorwerp van de opdracht met aanzienlijke nauwkeurigheid worden beschreven.

Tenslotte moet worden gewezen op afdeling 3 van de Algemene richtlijn, waar een aantal overheidsopdrachten wordt uitgesloten van toepassing van de richtlijn. Zo worden de opdrachten met betrekking tot verwerving of huur van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken uitgesloten van de toepasselijkheid van de richtlijn. Ook arbeidsovereenkomsten vallen onder de uitgesloten overeenkomsten. Wanneer overheidsopdrachten op deze categorieën zien, behoeven de aanbestedingsprocedures neergelegd in de Algemene richtlijn derhalve niet gevolgd te worden. Aanbestedende diensten zijn in deze gevallen vrij bij het kiezen van haar contractspartij.

2.3 Afbakening

Om de juiste drempelwaarde te kunnen bepalen waaraan getoetst moet worden, is het van belang om vast te stellen of bij een overheidsopdracht sprake is van een werk, een levering of een dienst. Immers, leveringen en diensten moeten bij aanzienlijk lagere drempels worden aanbesteed dan de opdrachten voor werken. De Algemene richtlijn geeft hiervoor een richtsnoer. Een overheidsopdracht die betrekking heeft op de levering van producten en in *bijkomende orde* op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren wordt beschouwd als een 'overheidsopdracht voor leveringen'.¹⁸ Aldus wordt een overheidsopdracht die zowel op producten als op diensten in de zin van bijlage II betrekking heeft, beschouwd als een 'overheidsopdracht voor diensten' indien de waarde van de betreffende diensten hoger is dan die van de in de opdracht opgenomen producten. Ook een overheidsopdracht die op de

¹⁶ Zie artikel 20 en 21 Algemene richtlijn.

¹⁷ Zie Verordening 2151/2003/EG van de Commissie van 16 december 2003, *Pb L 329/1* van 17 december 2003.

¹⁸ Artikel 1 lid 2 onder c van de Algemene richtlijn.

in bijlage II bedoelde diensten betrekking heeft en *slechts bijkomstig* ten opzichte van het hoofdvoorwerp van de opdracht werkzaamheden als bedoeld in bijlage I omvat, wordt als een overheidsopdracht voor diensten beschouwd.¹⁹

Wat precies met ‘slechts bijkomstig’ of ‘in bijkomende orde’ wordt bedoeld vermeldt de Algemene richtlijn niet. Voor elke overheidsopdracht zal de aanbestedende dienst dit apart moeten beoordelen. Bij die beoordeling van gemengde opdrachten achten wij doorslaggevend de aard van de opdracht. De Algemene richtlijn gaat er vanuit dat bij elke opdracht sprake is van een hoofdvoorwerp en een voorwerp van bijkomende orde. Hoewel bijkomstigheid iets anders is dan waarde, speelt de waarde van de beide onderdelen bij deze beoordeling wel een rol.²⁰ Het voorwerp met de grootste waarde moet worden gekwalificeerd als het hoofdvoorwerp.²¹ Dit wordt expliciet bepaald ten aanzien van het onderscheid tussen diensten en leveringen.²² Voor het onderscheid tussen leveringen en diensten (het omgekeerde dus) wordt de frase ‘in bijkomende orde’ gebruikt. Ten aanzien van de overheidsopdracht voor werken voorziet de Algemene richtlijn niet in een dergelijke vuistregel; de Algemene richtlijn zwijgt over leveringen die noodzakelijkerwijs gepaard gaan met de realisatie van een werk. Ook hier kan de vuistregel echter worden toegepast.

Overigens gaat de Algemene richtlijn wel specifiek in op het ontwerp van een werk.²³ Gedacht moet worden aan de ontwerpwerkzaamheden die aan de realisatie van het werk vooraf gaan. Dit zijn veelal diensten in de zin van de Algemene richtlijn; blijkens de definitie vallen deze diensten echter onder het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’. Betekent dit dat alle opdrachten voor diensten in het kader van een werk, zoals technische adviezen of projectmanagementdiensten, niet zelfstandig behoeven te worden aanbesteed? De meningen hierover in de literatuur zijn verdeeld.²⁴ In ieder geval geldt dat diensten en leveringen die niet noodzakelijk verbonden zijn met een werk niet bij de waarde van het werk mogen worden opgeteld om aldus aan de toepasselijkheid van de richtlijn te ontkomen. Zo zijn projectmanagementdiensten in de vorm van directievoering of toezicht namens de opdrachtgever over het algemeen niet noodzakelijk verbonden met de totstandkoming van een werk,

19 Artikel 1 lid 2 onder d van de Algemene richtlijn.

20 Aldus W.G.Ph.E. Wedekind, ‘Het begrip ‘werk’; een rondweg door verschillende ontwikkelingen’, in: M.A.M.C. van den Berg, M.A.B. Chao-Duivis en H. Langendoen, *Aangenomen werk* (Liber Amicorum M.A. van Wijngaarden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2003 (Wedekind 2003), p. 160.

21 Zie S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londen 1996, p. 142 e.v.

22 Zie ook artikel 2 van de richtlijn Diensten 92/50/EG, waar in geval een opdracht ziet op zowel leveringen als diensten is bepaald dat zij onder de werkingssfeer van de richtlijn Diensten valt indien de waarde van de betrokken diensten die van de in de opdracht opgenomen producten te boven gaat.

23 Zie de definitie van ‘overheidsopdracht voor werken’ van artikel 1 lid 2 onder a Algemene richtlijn.

24 Zie Wedekind 2003, p. 157.

al is duidelijk dat die werkzaamheden wel een relatie tot het werk hebben. Het onderbrengen van die diensten bij het werk zou als een ontoelaatbaar 'plakken' kunnen worden gekwalificeerd. Hetzelfde geldt voor de samenvoeging van werken en diensten in de vorm van een *design & construct*-opdracht en het vervolgens – met gebruikmaking van de percelenregeling – onderhands aanbesteden van de '*design*'-werkzaamheden; de Europese aanbesteding zelf ziet dan immers nog slechts op de uitvoering ('*construct*'), waarmee deze opzet alsnog ontoelaatbaar moet worden geoordeeld ('oneigenlijk plakken').

De vraag of het gaat om werken of diensten is tenminste éénmaal aan het Hof van Justitie EG (hierna: HvJ-EG) voorgelegd.²⁵ In de zaak *Gestion Hotelera* ging het om de exploitatie van een hotelbedrijf, waarbij tevens werken moesten worden uitgevoerd om de betrokken ruimten geschikt te maken voor de uitoefening van de activiteiten. De uitspraak is gewezen onder richtlijn 92/50 (Diensten). Het HvJ-EG overwoog dat uit richtlijn 71/305 (richtlijn Werken) voortvloeit dat een overeenkomst slechts als een opdracht voor de uitvoering van werken kan worden beschouwd, indien zij betrekking heeft op de uitvoering van een werk en dat, voorzover de werken bijkomstig zijn en niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken, zij niet de indeling van de overeenkomst als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kunnen rechtvaardigen. Het HvJ-EG liet het vervolgens aan de nationale rechter over om te bepalen of de werken in casu 'bijkomstig' waren of niet.

Bij de Nederlandse rechter heeft een zaak gespeeld waar sprake was van samenloop van leveringen en werken.²⁶ De zaak had betrekking op een onderhandse aanbesteding voor een mechanische hijsinstallatie voor decorstukken in een theater (een zogenoemde trekkenwand). De Voorzieningenrechter oordeelde dat dergelijke installaties niet als zodanig als product verkrijgbaar zijn, maar als maatwerk moeten worden samengesteld uit een groot aantal componenten. De te leveren trekkenwand was daarom volgens de Voorzieningenrechter geen product in de zin van de richtlijn Leveringen; het aanbrengen van de trekkenwand vormde naar zijn oordeel:

'het verrichten van installatie werkzaamheden en tevens werkzaamheden ten behoeve van de afwerking van het betreffende theater teneinde het aan zijn functie te doen beantwoorden. Daarop is de richtlijn Werken wel en de richtlijn Leveringen niet van toepassing'.

Wedekind²⁷ plaatst kanttekeningen bij de redenering van de Voorzieningenrechter. Volgens Wedekind is het voor de toepassing van de richtlijn Werken essentieel dat het gaat om een werk als daarin gedefinieerd of om werkzaam-

25 Zie de uitspraak van het HvJ-EG 19 april 1994, zaak C-331/92, *Pb* C 132 (1994), p. 5.

26 Gewezen onder de richtlijnen 92/50 en 93/37/EG. Zie Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 25 november 2002, *Roden Staal B.V./Gemeente Waalwijk en Roden Staal B.V./Theater Markant N.V.* (n.g.), genoemd in *Handboek Aanbestedingsrecht*, p. 517.

27 Wedekind 2003, p. 158-159.

heden volgens de NACE nomenclatuur (zie bijlage II bij de richtlijn Werken). Zou het in het onderhavige geval gaan om de (nieuw)bouw van een theater en daarbij een trekkenwand worden geïnstalleerd, dan acht Wedekind het oordeel van de Voorzieningenrechter juist. Zou het alleen gaan om het vervangen van een oude trekkenwand in een reeds bestaand theater, dan acht hij primair de richtlijn Leveringen van toepassing.

Dat de grens tussen leveringen en werken bijzonder moeilijk aan te geven is, wordt bevestigd door de uitspraak van het Hof Den Bosch²⁸ in het hoger beroep in bovengenoemde kwestie. Het Hof vernietigde daarin de uitspraak van de Voorzieningenrechter en oordeelde dat de opdracht betrekking had op de levering van producten in de zin van de richtlijn Leveringen, die mede de nodige werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren omvatte. Het Hof nam daarbij in aanmerking dat de aard en de omvang van de werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van trekkeninstallaties van bijkomstige aard zijn ten opzichte van het te leveren materiaal dat geassembleerd en gemonteerd wordt en aldus de trekkeninstallatie vormt. Ook een rol in deze zaak speelde dat Roden Staal onvoldoende weersproken had gesteld dat zij een producent was van diverse stalen producten en geen installateur.

Uit het bovenstaande blijkt dat het ondanks de definities van werken, leveringen en diensten in de Algemene richtlijn in een concreet geval soms niet eenvoudig is aan te geven onder welke omschrijving de opdracht valt. Het grensgebied bevat vele casusposities.

3 NEDERLANDS BW

Ook in het BW zijn definities opgenomen voor werken, leveringen en diensten; een definitie van de overeenkomst van aanneming van werk, van de overeenkomst van koop en van de overeenkomst van opdracht. Behoeven deze definities aanpassing in het licht van de Europese aanbestedingsregelgeving?

In het BW zijn de overeenkomst van aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht via de definitiebepalingen in Boek 7 om historische redenen sterk verbonden met de arbeidsovereenkomst. Aanneming van werk beschouwden de Romeinen als een vorm van huurovereenkomst, naast de huur van zaken en de overeenkomst van verhuur en huur van diensten. De wetgever van 1838 heeft dit onderscheid overgenomen waar het betreft de huur van goederen en huur van diensten, werk en nijverheid.²⁹ In het huidige BW hebben de overeenkomst van aanneming van werk, de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst ieder een eigen plaats gekregen, maar de verwantschap blijkt nog uit de definities. Ook de koopovereenkomst heeft

²⁸ Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, <www.rechtspraak.nl>, LJN AO2810.

²⁹ Waarover M.A.M.C. van den Berg, 'Een nieuwe regeling voor aanneming van werk', *Bouwwrecht* 2002 (Van den Berg 2002), p. 1015-1016.

een eigen titel in Boek 7. De arbeidsovereenkomst blijft hier verder buiten beschouwing omdat deze buiten het toepassingsgebied van het Europese aanbestedingsrecht valt.³⁰

3.1 Aanneming van werk, opdracht en koop

Titel 7.12 van het BW is gewijd aan aanneming van werk en bestaat uit twee afdelingen. De eerste betreft aanneming van werk in het algemeen. De aanneming van bouwwerken is niet apart geregeld; deze contracten vallen onder de algemene regeling. Volgens de Memorie van Toelichting zal de wettelijke regeling voor dit soort contracten in de meeste gevallen van beperkte betekenis zijn omdat zij bijna altijd beheerst worden door algemene voorwaarden.³¹ Deze algemene voorwaarden blijven hier buiten beschouwing. Dit geldt eveneens voor de tweede afdeling van titel 7.12 BW die bijzondere bepalingen bevat voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (consument); de Europese aanbestedingsrichtlijnen richten zich immers slechts tot de overheid – als opdrachtgever – in ruime zin en niet tot de consument.

In de algemene bepalingen voor de aanneming van werk heeft de wetgever de definitie voor deze overeenkomst opgenomen in artikel 7:750 eerste lid BW:

‘Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld’.

De definitie van de overeenkomst van opdracht is terug te vinden artikel 7:400 eerste lid BW:

‘De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of het doen vervoeren van personen of zaken’.

Het onderscheid tussen de aanneming van werk en de opdracht enerzijds en de arbeidsovereenkomst anderzijds ligt hierin dat de aanneming van werk of de arbeid verricht ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht *niet*

30 Vergelijk HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst?)

31 J.M. Hebly m.m.v. N. Lorenzo van Rooij, *Aanneming van werk, De parlementaire geschiedenis*, Zutphen: 2004, p. 18.

in dienstbetrekking geschiedt. Bij de aanneming van werk gaat het er voorts om dat het afgesproken werk gereedkomt. De te verrichten arbeidsprestatie en het uitvoeringsproces zijn zelf tot voorwerp van de overeenkomst gemaakt.³²

Het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard omvat in ieder geval het vervaardigen van een nieuwe zaak, maar ook het werken aan een reeds bestaande zaak zoals het bewerken, uitbreiden, veranderen, repareren en slopen daarvan.³³ Blijkens de Memorie van Toelichting³⁴ heeft de titel aanneming van werk betrekking op een ruime variëteit aan contracten; genoemd worden met name de overeenkomst tot het wassen en stomen van kleren en de overeenkomst tot het repareren van gebruiksvoorwerpen. Bij de overeenkomst van opdracht wordt in tegenstelling tot de aanneming van werk geen werk van stoffelijke aard tot stand gebracht. Het gaat daarbij om dienstverlening door min of meer zelfstandig werkzame personen, zoals de makelaar, notaris, advocaat, arts of architect.³⁵

Ook de koopovereenkomst is in Boek 7 BW geregeld en wel in de eerste titel van dit boek. Artikel 7:1 luidt:

‘Koop is de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen’.

Bij de aanneming van bouwwerken is het gebruikelijk dat de aannemer zich niet enkel verbindt tot het verrichten van arbeid, maar tevens de materialen levert die voor het tot stand brengen van een werk noodzakelijk zijn. Wat is dan het criterium om te spreken van een koopovereenkomst of een overeenkomst tot aanneming van werk? De Memorie van Toelichting³⁶ zegt hierover dat problemen van afbakening met het koopcontract door de rechtspraak zullen moeten worden opgelost. In de literatuur³⁷ zijn voor dit onderscheid twee criteria ontwikkeld: de aard van het te vervaardigen object en de aard van de te verrichten prestatie. Bij de aard van het object gaat het om de vraag of een zaak vervangbaar is in economische zin; dat wil zeggen dat het niet gaat om de specifieke, individuele eigenschappen van een object. Wordt deze vraag bevestigend beantwoord dan is sprake van koop, anders van aanneming. Van aanneming is voorts slechts sprake als de arbeidsprestatie zelf voorwerp is van de overeenkomst, omdat de opdrachtgever er belang bij heeft dat het werk

32 Van den Berg 2002, p. 1015.

33 C.W.M. van Ballegooijen, ‘Zijn schoonmaaksters aannemers van werk’, *WPNR* 1998 (6309), p. 1403-1405.

34 Hebly/Lorenzo, t.a.p., p. 18.

35 J.M.H.P. van Neer-van den Broek, ‘De overeenkomst van opdracht’, in: C.J. van Zeben e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 334.

36 Hebly/Lorenzo, t.a.p., p. 28.

37 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994, p. 355 e.v.

op een bepaalde wijze tot stand wordt gebracht. Bij koop gaat het primair om de overdracht van een zaak.

Ook is het mogelijk dat overeenkomsten worden gesloten die voldoen aan de omschrijving van twee of meer in de wet geregelde overeenkomsten. Op grond van artikel 6:215 BW geldt als hoofdregel voor dergelijke contracten dat de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing zijn, behoudens voorzover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet. Den Boer en Wildenburg³⁸ geven als voorbeeld van dergelijke gemengde contracten de overeenkomsten die worden gesloten met ambachtelijke dienstverleners. Dit zijn vaak middelgrote tot kleine bedrijven waar een zekere mate van handwerk wordt verricht en de werkzaamheden betrekking hebben op onder meer onderhoud, reparatie of installatie van zaken.

3.2 Afbakening

In de praktijk is met een zekere regelmaat sprake van afbakeningsproblemen voor overeenkomsten die betrekking hebben op het grensgebied van aanneming van werk, opdracht en koop. Wat te denken van het schoonmaken van sloten, het snoeien en rooien van bomen, de renovatie van een gevel, schoonmaakwerkzaamheden, het schillen van uien, het saneren van de bodem, de revisie van een motor, de werkzaamheden van een bouwmanager, de fabricage en montage van ketelinstallaties, een turnkey-contract, de bouw van een schip, etc.³⁹ Ook de overeenkomst tot het wassen en stomen van kleren is een moeilijk te kwalificeren overeenkomst. De Memorie van Toelichting noemt deze overeenkomst expliciet als voorbeeld van een overeenkomst tot aanneming van werk, maar eerder zou deze overeenkomst als opdracht kunnen worden aangemerkt omdat geen sprake is van het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Evenmin is echter sprake van een 'geestelijk' werk zoals dat vaak in een overeenkomst van opdracht wordt ingelezen.

In de jurisprudentie zijn regelmatig grensgevallen aan de orde geweest. De lijn in de jurisprudentie is evenwel niet echt consistent. Thunnissen⁴⁰ geeft een uitgebreide opsomming van de vroegere jurisprudentie omtrent het onderscheid tussen aanneming van werk en koop. Genoemd worden bijvoorbeeld de overeenkomst tot het bouwen van een schip, dat de rechtbank Rotterdam beschouwde als aanneming van werk terwijl het Hof Den Bosch die overeenkomst als koop kwalificeerde; de overeenkomst tot levering van grond met

38 W.A. den Boer en A.C.A. Wildenburg, Recente ontwikkelingen in de ambachtelijke dienstverlening, *Tijdschrift voor consumentenrecht*, 1993-5, p. 281-295.

39 Zie voor voorbeelden Van Ballegooijen, t.a.p., p. 1404.

40 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994, p. 356-358.

een daarop te bouwen huis tegen één prijs, die door de rechtbank Rotterdam aangemerkt werd als aanneming hetgeen het Hof diskwalificeerde; en koop die in plaats van aanneming werd aangenomen bij de levering tegen een bepaalde prijs van een complete drooginrichting voor aardappelen met inbegrip van montage en transportkosten.

Ook de latere jurisprudentie laat een divers beeld zien, bijvoorbeeld op het grensgebied van diensten en aanneming van werk. Hoge Raad 6 maart 1991 (NJ 1991, 415) – het lossen van vis: een exploitant van twee viskotters bediende zich van losse hulpen voor het verplaatsen van kisten met vis van het dek van haar kotters naar de kade en voor het schoonspuiten van het dek. Tevoren werd een bepaalde vergoeding voor het werk afgesproken; in totaal f 300,-. De Hoge Raad oordeelde dat, gelet op de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 BW en in overeenstemming met de heersende leer, na 'werk' in deze definitie moet worden ingevoegd 'van stoffelijke aard'.⁴¹ Het verplaatsen van de kisten met vis en het schoonspuiten van het dek kan volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard; de tussen de exploitant en de losse hulpen gesloten overeenkomsten moesten daarom worden gekwalificeerd als overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten.

Soms wordt aanneming van werk omschreven als het *bewerken* van een stoffelijk voorwerp. Hoge Raad 7 december 1994 (BNB 1995, 50) – het schillen van uien:

'Nu het schillen van uien, zijnde het bewerken van stoffelijke voorwerpen, moet worden aangemerkt als het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard en belanghebbende per baal betaalt, laat dit geen andere gevolgtrekking toe dan dat de overeenkomsten worden gekwalificeerd als aanneming van werk'.

Ook het pellen van bloembollen, zijnde het bewerken van stoffelijke voorwerpen, door seizoenarbeiders moest worden aangemerkt als het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard; het Hof gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting dat de werkzaamheden moesten worden gekwalificeerd als te zijn verricht ingevolge een overeenkomst van aanneming van werk als bedoeld in artikel 7A: 1637b BW.⁴²

De vraag is echter of het bewerken van een stoffelijk voorwerp gelijk moet worden gesteld aan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Bijvoorbeeld in geval van schoonmaakwerkzaamheden. Schoonmakers bewerken een stoffelijke zaak, maar kan ook worden volgehouden dat zij een werk van stoffelijke aard tot stand brengen? Deze vraag beantwoordde de Hoge Raad in zijn arrest van 8 april 1998 (BNB 1998, 210). De staatssecretaris had zich beroepen op het onderscheid tussen het bewerken van een zaak van

41 Dit vereiste is thans in de wettelijke definitie opgenomen, zie artikel 7:750 BW.

42 HR 17 april 1996, <www.rechtspraak.nl>, LJN AA1955.

stoffelijke aard en geestelijke arbeid. Slechts wanneer gesproken kan worden van geestelijke arbeid kan de overeenkomst naar zijn mening worden gekwalificeerd als een overeenkomst tot het verrichten van diensten. De Hoge Raad oordeelde echter dat bij schoonmaakwerkzaamheden geen sprake is van het *vervaardigen of veranderen* van een stoffelijk object. De Hoge Raad kwam daarom tot de conclusie dat geen sprake was van aanneming van werk in de zin van het BW. Op basis van de Invorderingswet 1990, die een autonoom criterium hanteert ten opzichte van het BW, moest echter worden aangenomen dat schoonmaakwerkzaamheden wél het uitvoeren van een werk van stoffelijke aard betrof. In gelijke zin de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 28 augustus 2003⁴³ waar het ging om de vraag of schoonmaakwerkzaamheden onder de Wet ketenaansprakelijkheid als het uitvoeren van een werk van stoffelijke aard moesten worden beschouwd. De Centrale Raad van Beroep beantwoordde deze vraag bevestigend. Uit deze rechtspraak blijkt dat het mogelijk is dat op grond van het BW geen sprake is van aanneming van werk, terwijl dat op basis van andere Nederlandse wetgeving wél het geval is.

In de uitspraak van het Hof Amsterdam van 15 juli 1982 (BR 1983, 62) ging het om de vraag of een bouwmanager met zijn opdrachtgever een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten had gesloten of dat de werkzaamheden werden verricht krachtens aanneming van werk, waarvoor een vestigingsvergunning vereist zou zijn. Voor de opdrachtgever werden begrotingen opgesteld teneinde behulpzaam te zijn bij de keuze van aannemers en de bouwmanager oefende toezicht uit tijdens de bouw. Gesteld werd dat dit uitsluitend in opdracht van de opdrachtgever gebeurde, dat de bouwmanager niet de opdrachten aan de aannemers gunde en dat de opdrachtgever in eigen beheer bouwde. Het Hof achtte onvoldoende bewijs aanwezig dat de werkzaamheden werden uitgevoerd krachtens aanneming van werk.

Tenslotte een aantal uitspraken op het grensgebied tussen koop en aanneming. In het tussenvonnis van de Raad van Arbitrage voor de bouwbedrijven van 20 augustus 1992 (BR 1993, 404) ging het om een beroep op onbevoegdheid door de aannemer die stelde dat zijn algemene voorwaarden van toepassing waren. Deze algemene voorwaarden betroffen specifieke leveranciersvoorwaarden terwijl de gesloten overeenkomst volgens de arbiters diende te worden gekwalificeerd als een aannemingsovereenkomst: het betreffende stalen ruimtevakwerk diende niet alleen door de aannemer geleverd en gemonteerd te worden, maar ook vervaardigd. Dat zij deze vervaardiging weer had uitbesteed aan een derde deed volgens arbiters niet ter zake, nu deze derde in de relatie met opdrachtgever als onderaannemer moest worden beschouwd. Gelet hierop waren de in het bestek opgenomen administratieve voorwaarden meer toegesneden op de overeenkomst en onder deze omstandigheden van toepassing.

43 CRvB 28 augustus 2003, <www.rechtspraak.nl>, LJN AN7110.

De rechtbank Zutphen oordeelde op 29 oktober 1992 (BR 1993, 90) over een overeenkomst voor de fabricage en montage van ketelinstallaties. Opdrachtgever was de gemeente Rotterdam en MFB de uitvoerder. MFB had schade veroorzaakt en vorderde uitkering van de verzekeraar. De verzekeraar stelde dat MFB behalve als aannemer tevens als leverancier bij het werk betrokken was en dat de polis geen dekking bood voor de door MFB als leverancier veroorzaakte schade. De rechtbank oordeelde dat het feit dat de opdracht zowel het verrichten van arbeid omvatte als het fabriceren van componenten en/of onderdelen van de installatie en de levering daarvan, niet in de weg staat aan de kwalificatie van de opdracht in haar geheel als aanneming van werk.

Genoemd kan ook worden de uitspraak van het Hof Arnhem van 13 november 2002.⁴⁴ Het geschil betrof een opgelegde aanslag voor vennootschapsbelasting. De ondernemingsactiviteiten bestonden onder meer uit het ontwikkelen en produceren van pompsystemen, alsmede de verkoop en serviceverlening daarvan. Het Hof oordeelde dat de bepalingen in de overeenkomst er niet op wezen dat de belanghebbende zich had verbonden tot het tot stand brengen van een bepaald werk van stoffelijke aard (de bouw van een – gedeelte van een – waterzuiveringsinstallatie). Die bepalingen duiden er volgens het Hof veeleer op dat een overeenkomst van verkoop van 'equipment en instruments, etc.' was aangegaan. De omstandigheid dat belanghebbende op grond van de overeenkomst was gehouden tot het nakomen van 'extra' verplichtingen – onder meer het leveren van technische documenten, het verlenen van technische bijstand (waaronder het beschikbaar stellen van monteurs) en het verzorgen van opleidingen – deed naar het oordeel van het Hof niet af aan het karakter van de koopovereenkomst.

Gelet op bovengenoemde jurisprudentie blijft het ook naar Nederlands recht bij grensgevallen moeilijk aan te geven tot welke categorie een overeenkomst behoort. In de praktijk doen zich bij de toepassing van het BW aldus gelijksoortige problemen voor bij de afbakening van aanneming van werk, koop en opdracht als bij de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen bij de afbakening tussen werken, leveringen en diensten.

4 EUROPEES AANBESTEDINGSRECHT EN NEDERLANDS BW

De Europese aanbestedingsregelgeving heeft ten doel het tot stand brengen van een interne markt met gelijke mededingingsvoorwaarden voor overheidsopdrachten in alle lidstaten. Deze regelgeving bestrijkt alle overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten die boven de drempelwaarden uitkomen en heeft aldus tot gevolg dat nagenoeg alle economische sectoren met

44 Hof Arnhem 13 november 2002, <www.rechtspraak.nl>, L/JN AF2925.

de aanbestedingsregelgeving in aanraking komen. Een onjuiste kwalificatie van de opdracht mag er niet toe leiden dat de werking van de richtlijnen wordt gefrustreerd.⁴⁵ De Europese drempelwaarde voor de aanbesteding van werken ligt aanzienlijk hoger dan die voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten. Wanneer de drempelwaarde niet gehaald wordt, is de Algemene richtlijn niet van toepassing en behoeft niet Europees te worden aanbesteed. Onder omstandigheden kan derhalve behoefte bestaan een opdracht zodanig te kwalificeren dat geen Europese aanbestedingsplicht bestaat. Het gaat dan met name om het spanningsveld tussen aanneming van werk ('werken') aan de ene kant en koop en opdracht ('leveringen en diensten') aan de andere kant.

Centraal bij de aanneming van werk staat *het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard*. Het begrip 'werk' is in het BW niet nader gedefinieerd. Het is duidelijk dat deze definitie niet overeenkomt met de definitie in de Algemene richtlijn, waar gesproken wordt over een werk als het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken [...] in het kader van werkzaamheden in de zin van bijlage I of over een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.⁴⁶ In de Algemene richtlijn wordt het 'werk' aldus uitdrukkelijk beperkt tot de bouw; bij de aanneming van werk in het BW daarentegen is sprake van een algemene regeling.⁴⁷

Afgezien van deze beperkte werkingssfeer van het begrip 'werk' in de Algemene richtlijn overheersen de overeenkomsten met de aanneming van werk in het BW. Zo wordt in het BW onder het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard begrepen het *bewerken* van een werk van stoffelijke aard. Dit betekent dat ook de reparatie en wellicht ook het onderhoud van een stoffelijk object als aanneming van werk wordt gekwalificeerd. Ook in de toelichting bij afdeling 45 van Bijlage I van de Algemene richtlijn wordt vermeld dat deze afdeling nieuwbouw, restauratiewerk en gewone reparaties omvat. In beide gevallen zullen reparatie of onderhoud dus eveneens als een werk gekwalificeerd kunnen worden. Enkel in die gevallen waarin van bouwkundige of civieltechnische werken geen sprake is, zoals bij het wassen en stomen van (bedrijfs)kleding – dat volgens de Memorie van Toelichting onder aanneming van werk moet worden geschaard – valt niet te verwachten dat eveneens sprake zal zijn van een overheidsopdracht voor werken in de zin van de Algemene richtlijn. Dit geldt evenzeer voor het snoeien van bomen en groenonderhoud. In deze en soortgelijke gevallen dienen de opdrachten bij toepasselijkheid van de Algemene richtlijn te worden gekwalificeerd als overheidsopdrachten voor diensten, met de daarbij behorende drempelwaarde van € 236.000,-.

In de grensgebieden rond opdracht en koop doen zich zowel ingevolge het BW als bij toepassing van de Algemene richtlijn soms afbakingsproblemen

45 Zie HvJ-EG 12 juli 2001, C-399/98, *NJ* 2002, 11, r.o. 52.

46 Artikel 1 lid 2 sub b Algemene richtlijn.

47 Zie noot 32.

voor; die hangen echter niet zozeer samen met de reikwijdte van de definities als wel met specifieke omstandigheden van het geval. Grensgeschillen tussen het BW en de Algemene richtlijn zijn op deze gebieden (leveringen en diensten) dan ook niet snel te verwachten, nog daargelaten dat het onderscheid voor een Europese aanbestedingsplicht ook nauwelijks van belang is. In alle gevallen geldt evenwel dat de uitleg van de BW-bepalingen niet zodanig zal mogen afwijken van de bedoeling van de Europese regelgever dat de goede werking van de richtlijn in het gedrang komt.

5 CONCLUSIE

Zowel het Europese aanbestedingsrecht als het Nederlandse BW hanteren definitiebepalingen om werken, diensten en leveringen of zoals het BW zegt: aanneming van werk, opdracht en koop van elkaar af te bakenen. Deze afbakening is van belang omdat de Europese aanbestedingsrichtlijn voor haar toepasbaarheid verschillende drempelwaarden hanteert. Overheidsopdrachten voor werken dienen conform de Algemene richtlijn te worden aanbesteed wanneer met de opdracht een bedrag van meer dan € 5,9 miljoen gemoeid is, terwijl voor opdrachten voor leveringen en diensten de aanbestedingsprocedures al moeten worden gevolgd wanneer het bedrag van € 236.000,- wordt overschreden.

Het BW spoort niet geheel met de definities neergelegd in de Algemene richtlijn – met name bij werken is de Nederlandse definitie ruimer – maar van strijd lijkt geen sprake. Een noodzaak tot aanpassing van de definities van aanneming van werk, opdracht en koop in het BW in verband met de Europese aanbestedingsrichtlijnen is naar ons oordeel dan ook niet aan de orde. Het grensgebied tussen werken, leveringen en diensten blijft een bron van discussie, maar tot grensgeschillen behoeft dat op basis van de Algemene richtlijn en het BW niet te leiden.