

43. Drafting tips & skills: Is verkopen het verrichten van een dienst?

MR. T.J. DE GRAAF

De dienstenrichtlijn biedt uitgebreidere mogelijkheden algemene voorwaarden te verstrekken dan het klassieke terhandstellingsregime. In het licht daarvan wordt de vraag gesteld of het verkopen van producten onder het dienstenbegrip van de dienstenrichtlijn valt.

Juristen die zich met algemene voorwaarden bezighouden, houden van wedervragen: vraag ze hoe en wanneer een leverancier aan een afnemer in een B2B-situatie algemene voorwaarden moet verstrekken¹ en ze zullen een spervuur aan wedervragen op je afvuren: (1) wat wordt er verkocht? (een product of dienst?), (2) hoe wordt er gecontracteerd? (mondeling, schriftelijk of elektronisch?)², (3) welke hoedanigheden hebben partijen? (zijn zij dienstverrichter en afnemer in de zin van artikel 6:230a BW?)³, (4) hoe groot is de afnemer? (groot of klein in de zin van artikel 6:235 BW?) en (5) waar zijn partijen gevestigd? (in het binnen- of buitenland in verband met artikel 6:247 lid 2 BW⁴ en als in het buitenland, is de afnemer gevestigd in de EU in verband met het anti-discriminatieartikel 18 VWEU?)⁵.

Na de antwoorden op één of meerdere van deze wedervragen kan de jurist gaan kwalificeren met als belangrijkste onderliggende vraag: kan de leverancier gebruikmaken van het makkelijkere dienstenregime?⁶ Dan kan hij zijn algemene voorwaarden verstrekken door ze

tijdig voor het sluiten van de overeenkomst toegankelijk te maken op een door hem medegedeeld webadres (een soort haalplicht voor de wederpartij), in plaats van ze op grond van het klassieke regime voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter hand te moeten stellen (een soort brengplicht voor de gebruiker).⁷

Alle reden dus om wat langer stil te staan bij de vraag of een product of dienst wordt verkocht. Immers, wordt een product verkocht, dan kan geen gebruik worden gemaakt van het dienstenregime, wordt een dienst verkocht dan wel, aldus het Hof Arnhem-Leeuwarden.⁸ Logisch en in overeenstemming met het normale spraakgebruik, zou je zeggen.

Spanjaard wijst echter op het handboek implementatie dienstenrichtlijn, een handboek dat lidstaten technische ondersteuning biedt bij het implementatieproces.⁹ Daarin staat: “Zo vallen onder meer, doch niet uitsluitend, de volgende diensten onder de richtlijn: ... distributieverkoop van goederen en diensten) ...” (p. 10) en “Hoewel de vervaardiging van goederen geen dienstenactiviteit is, moeten lidstaten bij de implementatie van de richtlijn bedenken dat daarbij veel bijkomende activiteiten plaatsvinden (bijvoorbeeld detailhandel, installatie en onderhoud, service) die wél een dienstenactiviteit zijn...” (p. 14). Ook in overweging 33 van de dienstenrichtlijn wordt distributieverkoop genoemd als een dienst waarop de richtlijn betrekking heeft.

1 De daaraan voorafgaande vraag of de algemene voorwaarden zijn overeengekomen wordt vanwege de omvang van deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.
2 Zie onder andere artikel 6:234 lid 2 BW, met wat omwegen ingevoerd ter implementatie van artikel 10 lid 3 van de Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.
3 Ter implementatie van artikel 4 van de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.
4 HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0730, NJ 2012, 318 (*Van Vliet/Deal-kent*).
5 Asser-Hartkamp 3-1 2015, nr. 53-56 en 35.
6 Het dienstenregime van artikel 6:233 sub b jo. 6:234 lid 1 jo. 6:230c onder 3 jo. (waarschijnlijk, hoewel de wet daarover zwijgt) artikel 6:230e BW, waarover Hof Arnhem 11 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY5306, RCR 2013/18 (*De Roo Taxi- en Autoverhuur*).

7 Het klassieke regime van artikel 6:233 sub b jo. 234 lid 1 BW. Vgl. ook HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, NJ 2011, 571, m.nt. Hijma (*First Data/Attingo*).
8 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5725 (*Chrysler*), r.o. 4.5.
9 GS Verbintenissenrecht, art. 6:230a BW, aant. 5 (*Spanjaard*) en ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf.

Botman laat een tegengeluid horen. Zij schrijft dat ‘in de rechtspraak van het Hof een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen de verkoop van een goed en het leveren van een dienst; een economische activiteit wordt nimmer tegelijkertijd als een goed én een dienstverrichting gekwalificeerd’. Zij komt onder andere op basis daarvan tot de conclusie dat de verkoop van goederen niet een dienst is in de zin van de dienstenrichtlijn.¹⁰

Zelfs de Afdeling bestuursrechtspraak komt er niet uit. Bij uitspraak van 13 januari 2016 stelt zij de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie: “Dient het begrip ‘dienst’ in artikel 4, onder 1, van de Dienstenrichtlijn aldus te worden uitgelegd dat detailhandel die bestaat uit de verkoop van goederen, zoals schoenen en kleding, aan consumenten, een dienst is waarop de bepalingen van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op grond van artikel 2, eerste lid, van deze richtlijn?”¹¹

Wat het antwoord uit Luxemburg ook zal zijn, ik kan er eerlijk gezegd weinig begrip voor opbrengen dat deze discussie überhaupt gevoerd moet worden. Had de Europese wetgever niet gewoon meteen, en in overeenstemming met het normale spraakgebruik, koop- en dienstenovereenkomsten duidelijk van elkaar kunnen onderscheiden?¹² In Nederland kennen we aanwijzing 54 uit de Aanwijzingen voor de regelgeving: “Het normale spraakgebruik wordt zoveel mogelijk gevolgd.”¹³ Misschien is dat ook wel een goede drafting tip voor de Europese wetgever?

Over de auteur

Tycho de Graaf is advocaat bij NautaDutilh en redactielid van ORP.

10 M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland. De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief*, diss. VU Amsterdam, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 213.

11 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, AB 2016-173, m.nt. E. Steyger (*gemeente Appingedam*) waarover J.J. van der Gouw & M.J.W. Timmer, ‘Detailhandel – een dienst die geen dienst mag heten?’, *TO* oktober 2016-3, p. 71-78.

12 Het doet denken aan de richtlijn inzake elektronische handel, waar onder het kernbegrip ‘dienst van de informatiemaatschappij’ op grond van overweging 18 ineens ‘in het bijzonder in de on-lineverkoop van goederen’ wordt geschaard.

13 <https://www.kcwj.nl/kennisbank/aanwijzingen-voor-de-regelgeving>