

Combineren van koop en dienstverlening

Tycho de Graaf^f

In ons verbintenissenrecht neemt de koopovereenkomst een belangrijke plaats in. Volgens Jaap Hijma is de koopovereenkomst een van de hoekstenen van het rechtsverkeer, volgens anderen waarschijnlijk de meest gesloten overeenkomst in Nederland.² Door de opkomst van digitalisering en servitisation is er de afgelopen jaren steeds meer aandacht³ voor de dienstenovereenkomst.⁴ Intrigerend vind ik de situatie waarbij producten worden verkocht én diensten (bijv. onderhoud) worden verricht. In zo'n situatie worden soms twee losse overeenkomsten tussen dezelfde of verschillende partijen gesloten, soms één gecombineerde overeenkomst tussen dezelfde partijen. In geval van een geschil tussen partijen rijst de vraag of de rechter moet respecteren dat partijen twee losse of juist één gecombineerde overeenkomst hebben gesloten, of dat hij, daarentegen, die overeenkomsten moet combineren respectievelijk splitsen. Voor die beoordeling zijn relevant de partijbedoeling, de verschillen in de aard van de koop- en dienstenovereenkomst, de tussen die overeenkomsten bestaande samenhang en het ter zake geldende regelende en dwingende recht. Bij de beoordeling zijn verschillende benaderingen denkbaar. Als de koop- en dienstenovereenkomst van meet af aan gesplitst zijn, liggen twee benaderingen voor de hand: (i) voeg de overeenkomsten samen of (ii) houd ze gesplitst, maar beoordeel ze in samenhang. Als elementen van koop en dienstverlening in één overeenkomst zijn opgenomen, liggen twee andere benaderingen voor de hand: (iii) splits de overeenkomst, (iv) stapel de elementen of combineer de daarop van toepassing zijnde wettelijke regelingen. Tot slot kan

¹ De auteur dankt Iris Houben voor haar commentaar op een eerdere versie.

² *Asser/Hijma 7-1* 2019/voorwoord, P. Klik, *Koop en Consumentenkoop*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 1.2 en M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Monografieën BW nr. B65b), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 1.

³ A.C. van Schaick, 'Digitalisering en vermogensrecht', in: J.H. Gerards & A.C. van Schaick, *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten. Preadviezen 2019 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 7-92 en V. Mak, 'Consumentenbescherming bij servitisation', in: B. Keirsbilck e.a., *De verschuiving van een goederen- naar een diensteneconomie. De kroongetuige. Gewapend bestuur. Preadviezen 2019 uitgebracht voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 69-98.

⁴ Ik gebruik het woord dienstenovereenkomst als een verzamelnaam voor verschillende benoemde en onbenoemde overeenkomsten die vaak kwalificeren als overeenkomst van opdracht of als species daarvan.

(v) koop dienstverlening overschaduw⁵ of absorberen, of andersom dienstverlening koop. In deze bijdrage bespreek en becommentarieer ik deze benaderingen.

Voeg afzonderlijke overeenkomsten samen

Stel, partijen sluiten twee afzonderlijke overeenkomsten. Zo zal een leverancier die zich verbindt een roerende zaak te verkopen en onderhouden vaak twee afzonderlijke overeenkomsten met zijn afnemer sluiten, een koopovereenkomst (art. 7:1 BW) en een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW). Hoofdreël is dat de rechter deze scheiding van overeenkomsten heeft te respecteren, formeel omdat sprake is van twee afzonderlijke overeenkomsten, materieel omdat de overeenkomsten verschillende onderwerpen regelen, daarop andere wettelijke regelingen van toepassing zijn en partijen daar in hun verschillende overeenkomsten rekening mee hielden of geacht werden dat te doen.⁶

Beide overeenkomsten verschillen in die zin dat uit koop een wettelijke garantieverbintenis⁷ voortspuit (de conformiteitsregel van art. 7:17/18 BW) die betrekking heeft op een object (het gekochte, art. 7:1 jo. 3:2 en 7:47 BW) en beoordeeld wordt op het moment van aflevering (art. 7:9 BW), terwijl uit opdracht een inspanningsverbintenis voortspuit (art. 7:401 BW) die betrekking heeft op het handelen van een van de partijen (de opdrachtnemer) en van toepassing is op de hele duur van de overeenkomst. En in een B2C-geval is de koopafdeling 7.1.1 vrijwel geheel van dwingend recht (art. 7:6 BW), terwijl de opdrachtafdeling 7.7.1 vrijwel geheel van regelend recht is (art. 7:413 BW). Door deze verschillen zullen onder andere de overeengekomen duur, opzegtermijnen, remedies en verweermiddelen in de context van koop en opdracht verschillen.

Bij koop wordt over duur en opzegtermijn vaak niets bepaald. Bij opdracht is dat in de regel een erg belangrijk punt, niet alleen omdat het van invloed is op de omzet, maar ook op de flexibiliteit van de afnemer om naar een andere leverancier over te stappen en van de leverancier om mensen, hulpzaken en onderdelen ergens anders voor in te zetten. Ook worden bij koop de remedies voor afnemers geregeld beperkt tot het Anglo-Amerikaanse sole remedy type repair/replace/refund⁸ en de verweermiddelen voor leveranciers uitgebreid door middel van als garanties vermomde exoneraties, die eventuele schadevergoedingsverplichtingen beperken tot één gefixeerd bedrag, gelijk aan de koopprijs. Bij opdracht worden de remedies voor afnemers daarentegen geregeld beperkt tot als service credits vermomde

5 Hijma werpt de vraag op “hoe de overeenkomst moet worden getypeerd indien de te leveren zaak nog door de leverancier moet worden vervaardigd”, behandelt gedachten waarbij uitsluitend de wettelijke regeling van koop of aanneming van werk moet worden toegepast en noemt deze gedachten “overschaduwingsgedachten”, zie *Asser/Hijma 7-I* 2019/20-21.

6 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten* (Monografieën BW nr. A29), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 17.

7 *Asser/Hijma 7-I* 2019/471-473.

8 T.J. de Graaf, ‘Garanties versus non-conformiteit en exoneraties’, *ORP* 2012/3, p. 36-37.

boetes die schadefixerend werken (art. 6:92 lid 2 BW)⁹ en de verweermiddelen voor leveranciers uitgebreid door middel van exoneraties die betrekking hebben op een bepaalde tijdsduur en waarvan de omvang dus kan fluctueren. Een rechter moet wel van goeden huize komen om desondanks de afzonderlijke koop- en onderhoudsovereenkomsten samen te voegen in één geïntegreerde, allesomvattende koop- en onderhoudsovereenkomst. Als hij dat zou doen, zou hij immers abstraheren van bovengenoemde verschillen in de wettelijke regelingen van koop en opdracht, en ook van de wijze waarop partijen met die verschillen zijn omgesprongen of geacht worden te zijn omgesprongen.¹⁰ Niet alleen zal de rechter in dat geval al snel worden verweten de partijautonomie te miskennen en te vluchten in juridische ficties.¹¹ Ook zal de rechter partijen met zijn beslissing kunnen verrassen en onbedoeld een doos van Pandora kunnen openen doordat zijn samenvoegingsuitspraak gezag van gewijsde (of in ieder geval prejudiciële werking) heeft voor toekomstige geschillen met een andersoortig karakter (art. 236 Rv).¹²

Houd afzonderlijke overeenkomsten gesplitst, maar beoordeel ze in samenhang

Uitzonderingen op de hoofdregel dat van meet af aan gesplitste overeenkomsten zo veel mogelijk gesplitst blijven en hun eigen leven leiden, zijn uiteraard denkbaar. Zo kunnen, als voldaan is aan de daarvoor door wet of jurisprudentie gestelde eisen, van meet af aan gesplitste overeenkomsten in samenhang worden beoordeeld.

Wettelijke uitzonderingen hebben vaak betrekking op consumentenbescherming bij e-commerce en een Europese origine. In geval van aankoopfinanciering leidt bijvoorbeeld ontbinding zonder reden van een op afstand (spreek: met een webshop) gesloten koop- of dienstenovereenkomst (ex art. 6:2300 BW) tijdens de 14

⁹ W.F.R. Rinzema & H.N. Schelhaas, 'Contractuele sancties in ICT-dienstverleningscontracten', *Computerrecht* 2009/147.

¹⁰ Tjong Tjin Tai, *Meerpartijovereenkomst en samenhangende overeenkomsten* (Monografieën BW nr. A29), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 25.

¹¹ Bij juridische ficties denk ik vooral aan twee figuren uit het OBW die we gelukkig achter ons hebben gelaten: (i) stilzwijgende garanties die gebruikt werden om de kopersonvriendelijke aspecten van de verborgen gebreken regeling van art. 1540 e.v. OBW te omzeilen (waarover o.a. E.M. Meijers, 'Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring', in: R.P. Cleveringa e.a., *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen van Prof. Mr E.M. Meijers, derde deel, verbintenissenrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 296) en (ii) de veronderstelling dat een aanvaardingshandeling niet geacht kan worden te zien op een beding in algemene voorwaarden met een bepaalde, onredelijke inhoud, zie HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4267, NJ 1982/517 (*Holleman/De Klerk*) en HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1033, NJ 1993/688 (*Bouma/Cavo*).

¹² Tjong Tjin Tai, *Meerpartijovereenkomst en samenhangende overeenkomsten* (Monografieën BW nr. A29), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 16 en 25.

dagen bedenktijd ertoe dat de overeenkomst op afstand geheel wordt ontbonden (en dus niet gedeeltelijk kan worden ontbonden) en de consument niet langer gebonden is aan de gelieerde kredietovereenkomst (art. 7:67 lid 1 BW).¹³ Omgekeerd leidt ontbinding zonder reden van een op afstand gesloten kredietovereenkomst tijdens de bedenktijd (ex art. 6:230x lid 1 BW) ertoe dat de daaraan verbonden koop- of dienstenovereenkomst van rechtswege wordt ontbonden (art. 6:230x lid 5 BW, mits de zaak of dienst werd geleverd door de financier of op grond van een overeenkomst tussen de financier en de leverancier).¹⁴ Ook overeenkomsten die worden gesloten in aanvulling op een met een webshop gesloten koop- of dienstenovereenkomst worden van rechtswege ontbonden als de primaire met die webshop gesloten overeenkomst tijdens de bedenktijd (ex art. 6:230o BW) wordt ontbonden (art. 6:230q lid 2 jo. 6:230g lid 1 onder 1 BW).¹⁵ Zelfs buiten het consumentenrecht zijn soortgelijke regelingen te vinden. Zo bepaalt art. 6:229 BW dat de nietigheid of vernietiging van de primaire overeenkomst (bijv. op grond van dwaling ex art. 6:228 BW) in beginsel leidt tot vernietigbaarheid van de daarop voortbouwende overeenkomst.

Opvallend aan deze wettelijke regelingen is dat het toepassingsgebied daarvan beperkt is tot met name wilsgebreken in de precontractuele fase (denk aan de vernietiging van de voortbouwende overeenkomst wegens vernietiging van de primaire overeenkomst op grond van dwaling) of een korte periode na het sluiten van de overeenkomst (de bedenktijd in geval van secundaire gelieerde, verbonden of aanvullende overeenkomsten). Het toepassingsgebied strekt zich dus niet uit tot de conformiteit van het gekochte of een tekortkoming in de uitvoering van de dienstenovereenkomst. Interessant is ook dat de sancties in alle geschetste gevallen leiden tot het met de botte bijl beëindigen van de gelieerde, verbonden, aanvullende of voortbouwende overeenkomst. Bij de e-commerce regels eindigt de overeenkomst automatisch, bij de voortbouwende overeenkomst moet de vernietiging worden ingeroepen door de daartoe gerechtigde. In beide gevallen zijn de sancties binair. Alles is op basis van 'indien' en 'tenzij', nergens is een 'voor zover' te bespeuren.

Nadere bestudering leert echter dat maatwerk bij vernietiging onder omstandigheden wel degelijk mogelijk is. Hoewel de wet niet met zo veel woorden voorziet in partiële vernietiging, wordt op basis van de algemene regel 'wie het meerdere mag, mag ook het mindere' een gedeeltelijke kwantitatieve vernietiging aanvaard.¹⁶ Dat is wel zo praktisch. Als ik een koopovereenkomst en een aparte onderhoudsovereenkomst sluit met betrekking tot drie zaken, maar ik de koopovereenkomst

¹³ Ter implementatie van art. 9 richtlijn consumentenrechten (2011/83) resp. art. 15 richtlijn kredietovereenkomsten (2008/48).

¹⁴ Ter implementatie van art. 6 lid 1 resp. lid 7 richtlijn verkoop op afstand financiële diensten (2002/65).

¹⁵ Ter implementatie van art. 15 richtlijn consumentenrechten.

¹⁶ Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 1.2.4.2 onder verwijzing naar Hof Arnhem 24 maart 1976, ECLI:NL:GHARN:1976:AC5717, NJ 1978/421 waarin vernietiging werd toegestaan met betrekking tot 3.040 van de 4.000 kratten geleverde appels.

gedeeltelijk vernietig wegens dwaling (bijv. omdat ik met twee zaken kan volstaan en de verkoper me daarover had moeten inlichten), dan zal ik ook de onderhoudsovereenkomst gedeeltelijk willen vernietigen. De mogelijkheden voor maatwerk moeten echter niet worden overdreven. Een gedeeltelijke kwalitatieve vernietiging wordt immers niet aanvaard.¹⁷

Bij de e-commerce ontbinding is maatwerk niet mogelijk. Aanvullende overeenkomsten worden volgens art. 6:230q lid 2 BW van rechtswege en dus automatisch ontbonden. De ontbindende partij mag er dus niet voor kiezen de aanvullende overeenkomst in stand te laten, laat staan gedeeltelijk. De Europese origine van die regels is daar maar deels debet aan. Zo bepaalt art. 15 lid 1 richtlijn consumentenrechten weliswaar dat bij herroeping van de primaire koop-/dienstenovereenkomst secundaire aanvullende overeenkomsten automatisch eindigen, maar art. 15 lid 2 biedt de lidstaten de mogelijkheid gedetailleerde regels vast te stellen voor de beëindiging van dergelijke overeenkomsten. Die mogelijkheid had gegrepen kunnen en misschien wel moeten worden, temeer omdat bij een herroeping tijdens een herroepingstermijn van een verwijtbaar handelen of nalaten van de leverancier geen sprake is en de rechtvaardiging dus ook niet in ontmoediging of bestraffing kan worden gevonden.¹⁸ Ook hier geldt dat de mogelijkheid van een gedeeltelijke ontbinding van de primaire en dus ook de aanvullende overeenkomst meer op zijn plaats zou zijn geweest. Dat gezegd hebbende, denk ik niet dat dit in de praktijk uit zal maken. Als ik bij een webshop drie zaken of diensten aanschaf met aanvullende overeenkomst en tijdens de bedenktijd mijn ontbindingsrecht uitoefen ten aanzien van twee daarvan, dan zal de webshop niet gauw beweren dat ik dat alleen ten aanzien van de hele primaire en aanvullende overeenkomst kan doen.

Bij jurisprudentiële uitzonderingen kan makkelijker de floret worden getrokken en hoeft niet meteen naar de botte bijlen vernietiging en - ontbinding worden gegrepen. Als de rechtsverhoudingen eenmaal geacht worden samenhangend te zijn, dan kan een tekortkoming in de nakoming van de primaire overeenkomst bijvoorbeeld ook een opschortingsbevoegdheid bij de secundaire rechtvaardigen (*Meissner/Arenda*¹⁹ en *Euretco/Naeije*²⁰). Een en ander lijkt op zich logisch: een wetgever kijkt ex ante naar een veelheid aan verschillende gevallen, een rechter ex post naar één concreet geval. En toch kan ook onze nationale wetgever een

17 Jac. Hijma, 'Koopprijsvermindering', *WPNR* 2018/7202, p. 568, die dit als volgt treffend verwoordt: "De vernietigbaarheid biedt de dwalende koper de bevoegdheid om de overeenkomst te verlaten, maar niet de bevoegdheid om haar scheef te trekken."

18 Zie voor ontmoediging en bestraffing door alles-of-niets sancties in het EU-consumentenrecht inzake oneerlijke bedingen HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349, *NJ* 2012/512 (*Banesto/Calderón Camino*), r.o. 73 en 69, HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487 (*Asbeek Brusse & de Man Garabito/Jahani*), r.o. 60 en *Asser/Hartkamp 3-1* 2019/253. Zie in dat kader ook de kritiek van Hijma in zijn noot bij HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282 (*Lindorff/Nazier*), die de door de Hoge Raad uitgesproken sanctie in het kader van die mobieltjeszaak onevenredig vindt.

19 HR 14 januari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4279, *NJ* 2000/307 (*Meissner/Arenda*).

20 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907, *NJ* 2012/91 (*Euretco/Naeije*).

genueanceerd(er) instrumentarium introduceren, en heeft dat sinds 1 januari 2017²¹ ook gedaan bij goederenkrediet en indachtig de jurisprudentie over samenhangende rechtsverhoudingen:²² “Indien een van meer overeenkomsten... op enige grond bloot staat aan ontbinding of vernietiging door de kredietnemer, zal de andere overeenkomst op die grond kunnen worden ontbonden of vernietigd op dezelfde wijze en met inachtneming van dezelfde termijnen als voor de ontbinding of vernietiging van de eerste overeenkomst gelden, tenzij uit de wet of de aard van de rechtsverhouding anders voortvloeit.” (art. 7:96 BW).

De wettelijke regels ter implementatie van EU e-commerce consumentenrecht-richtlijnen zijn dus binair en automatisch, terwijl onze jurisprudentie en recente wetgeving analoog en handmatig is. Uit oogpunt van nuance en partijautonomie ben ik van het laatste meer gecharmeerd dan van het eerste.

Splits gecombineerde overeenkomsten

Betekent het voorgaande omgekeerd dat als partijen één overeenkomst sluiten met daarin elementen die voldoen aan de omschrijving van twee of meer bijzondere overeenkomsten, de rechter de overeenkomst moet splitsen? In *Groeneveld Catering/de Staat* lijkt de Hoge Raad te vinden van wel. Hij stelt voorop dat art. 6:215 BW “ziet op het geval dat een ‘gemengde overeenkomst’ niet in twee of meer van elkaar onafhankelijke overeenkomsten kan worden gesplitst...”.²³ De Hoge Raad onderbouwt dit door te verwijzen naar de parlementaire geschiedenis: “Uiteraard is geen gemengd contract aanwezig, voor zover een complex van bedingen in van elkaar onafhankelijke overeenkomsten uiteenvalt – hetgeen ook dan het geval kan zijn als de bedingen tegelijkertijd zijn gemaakt of op één stuk zijn in schrift gebracht.”²⁴ In dat geval is art. 6:215 BW dus niet van toepassing. Eerlijk gezegd heb ik weinig begrip voor deze splitsingsgedachte. Hoewel beeldend verwoord, heb ik nog nooit een op schrift gestelde overeenkomst vanzelf uiteen zien vallen in van elkaar onafhankelijke overeenkomsten. En ik zie ook niet zo snel voor me hoe je zomaar een overeenkomst kunt splitsen in twee of meer van elkaar onafhankelijke overeenkomsten zonder daarbij de partijbedoeling geweld aan te doen.

Als partijen verschillende elementen samenbrengen in één overeenkomst, dan zullen ze daar wel een bedoeling bij hebben gehad of in ieder geval hebben moeten hebben. Het in één overeenkomst bijeenhouden van alle elementen handhaaft het door partijen gekozen risicoprofiel, het uit elkaar trekken zorgt voor disbalans. Neem een overeenkomst met daarin koop- en onderhoudselementen waarin de leverancier heeft bepaald dat hij voor alle in een bepaald jaar veroorzaakte schade aansprakelijk is tot een maximum van tienduizend euro. Ook de afnemer kan goede redenen hebben gehad koop en onderhoud in één overeenkomst onder te

21 *Stb.* 2016, 360 en 438.

22 *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3, p. 32-34.

23 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, *NJ* 2017/336 (*Groeneveld Catering/de Staat*), r.o. 3.3.2.

24 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 871, voetnoot 2 (T.M.).

brengen. Zo zal hij er belang bij hebben dat hij bij non-conformiteit van het gekochte de hele overeenkomst kan ontbinden en dientengevolge ex art. 6:271 BW van toekomstig onderhoud bevrijd is en de betaalde koopprijs én onderhoudsvergoedingen terugkrijgt.²⁵ Dat belang heeft de afnemer omdat hij niets heeft aan onderhoud ten aanzien van het gekochte als hij het gekochte terug moet geven. En misschien was de afnemer wel zo slim alles in één overeenkomst op te nemen om het spiegelbeeldige voor elkaar te krijgen, dus dat hij bij een tekortkoming met betrekking tot het onderhoudsgedeelte²⁶ ook het koopgedeelte kan ontbinden. Natuurlijk kan de rechter te zijner tijd volgens de Hoge Raad in *Eigen Haard*²⁷ in het kader van de op redelijkheid en billijkheid gestoelde tenzij-formule²⁸ alle omstandigheden van het geval betrekken²⁹ om een algehele ontbinding niet toe te wijzen, maar een gedeeltelijke wel (door de ontbinding betrekking te laten hebben op het onderhouds-, maar niet het koopgedeelte),³⁰ maar de afnemer staat ondertussen wel 1-o voor in het licht van stelplicht en bewijslast.³¹ En als de rechter deze ene overeenkomst (toch) uit elkaar trekt in een losse koopovereenkomst en een losse onderhoudsovereenkomst, hoe gaat hij dat dan doen? Hoe zal de exoneratie voor elk van die overeenkomsten luiden, gelet op verschillen in het risicoprofiel en de hoogte van de voor elk onderdeel verschuldigde vergoedingen? En hoe gaat hij na splitsing om met de impliciete lotsverbondenheid tussen de twee verschillende elementen: een bepaling opnemen dat bij ontbinding van de losse koopovereenkomst ook de onderhoudsovereenkomst kan worden of zelfs van rechtswege wordt ontbonden, maar ook andersom? Voordat de

25 Eventueel minus een waardevergoeding voor het zonder tekortkoming verrichte onderhoud ex art. 6:272 BW.

26 Op grond van een tekortkoming in de nakoming van de uit art. 7:401 BW voortvloeiende inspanningsverbintenis of concrete, in de onderhoudsovereenkomst opgenomen resultaatsverbintenissen in de vorm van service levels of KPI's.

27 HR 28 september 2019, ECLI:NL:HR:2018:1810, NJ 2019/446 (*Eigen Haard*).

28 Zie r.o. 3.5: “De inhoudelijke maatstaf dat, kort gezegd, slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op ontbinding van de overeenkomst, stoelt op de redelijkheid en billijkheid...”

29 Zie r.o. 3.8.1: “De afweging die in het kader van de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW plaatsvindt bij beantwoording van de vraag of de ontbinding in het concrete geval gerechtvaardigd is, geschiedt niet slechts ... “aan de hand van de in de wet genoemde gezichtspunten”. Naast de in art. 6:265 lid 1 BW genoemde gezichtspunten (bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming gevolgen van de ontbinding) kunnen immers alle overige omstandigheden van het geval van belang zijn.” Zie voor een overzicht van mogelijkerwijs van belang zijnde gezichtspunten F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Monografieën BW nr. B58), Deventer: Kluwer 2011, nr. 66-71.

30 Zie r.o. 3.5 waar de Hoge Raad de volgende zin uit de parlementaire geschiedenis citeert: “Het is zeer goed denkbaar dat deze afweging leidt tot de conclusie dat een algehele ontbinding niet, maar een vorm van gedeeltelijke ontbinding wel door de tekortkoming gerechtvaardigd kan worden.”, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 1005 (T.M.).

31 Bellaart, in: *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 6:265 BW.

rechter het weet, is hij de hele overeenkomst aan het herschrijven en neemt hij daarbij noodgedwongen zijn toevlucht tot de juridische en misschien zelfs wel paternalistische fictie dat partijen geacht worden twee afzonderlijke overeenkomsten met die en die inhoud te zijn overeengekomen. Dat lijkt me niet de aangewezen weg en dus moet de hoofdregel mijns inziens luiden dat als partijen verschillende elementen in één overeenkomst vatten, de overeenkomst niet gesplitst mag worden.

Niet splitsen laat uiteraard onverlet dat de rechter in een concreet geval mogelijkheden heeft bij wijze van uitzondering maatwerk te leveren. Wat mij betreft gebeurt dat aan de hand van de vordering en niet verder dan noodzakelijk. Dat is in lijn met de relativeringstendens in het BW die onder andere blijkt uit (i) het uitgangspunt dat “nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt...”,³² en de gevolgen (dus) kunnen worden gemitigeerd met bijvoorbeeld partiële kwantitatieve vernietiging (zie hierboven), partiële nietigheid (art. 3:41 BW), conversie (art. 3:42 BW), ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) en, bij diensten, het toekennen van een waardevergoeding (art. 6:210 lid 2 BW),³³ (ii) dat de redelijkheid en billijkheid een rol speelt bij ontbinding, dat gedeeltelijk kan en dat een waardevergoeding (art. 6:272 BW) kan worden toegekend (zie hierboven) en (iii) dat met behulp van de redelijkheid en billijkheid proportioneel kan worden gederogerd (zie art. 6:248 lid 2 BW).³⁴ Op dat eerste (aan de hand van de vordering) komt ik nog terug.

Stapel of combineer

Hoe het ook zij, pas als partijen een gecombineerde koop- en onderhoudsovereenkomst hebben gesloten en de rechter deze overeenkomst niet heeft gesplitst in twee afzonderlijke overeenkomsten, is volgens de Hoge Raad in *Groeneveld Catering/de Staat* sprake van een gemengde overeenkomst en dient de rechter art. 6:215 BW toe te passen en dus uit te gaan van de zogeheten combinatietheorie. De combinatietheorie is een vuistregel, een eerste aanwijzing.³⁵ De hoofdregel is keuzevrijheid, die moet wijken voor de uitzondering van exclusiviteit die “zo moet worden opgevat dat er slechts ruimte voor exclusiviteit is als de wet dit voorschrijft of onmiskenbaar meebrengt.”³⁶

³² HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378 (*Royal & Sun Alliance/Polygram*).

³³ T.J. de Graaf, ‘Gevolgen van vernietiging van B2C-overeenkomsten bij conforme producten en diensten, in het bijzonder in het geval van prijspersonalisatie’, *MvV* 2019/10, p. 344-353.

³⁴ H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 38.2 onder verwijzing naar HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378 (*Royal & Sun Alliance/Polygram*).

³⁵ *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1432 (M.v.T. Inv.).

³⁶ A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop* (Monografieën BW nr. A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 3-4 onder verwijzing naar o.a. HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830, NJ 2015/321 (*Searocco/Altena*), r.o. 3.3.2.

Volgens Haak en Zwitser moet eerst nog een tussenstap worden genomen.³⁷ Zij nemen als voorbeeld een expediteur die zich naast een doen vervoeren ook tot bewaarneming verplicht. In dat geval wordt huns inziens ieder deel beheerst door de daarop van toepassing zijnde eigen regels, kan hier van een zogeheten gestapelde overeenkomst worden gesproken en is van een gemengde overeenkomst (dus) geen sprake.³⁸ Die beeldspraak vind ik weinig gelukkig omdat het daarbij lijkt dat als het onderste deel van de gestapelde overeenkomst wordt vernietigd of ontbonden, de daarop gestapelde delen dat lot delen. Veeleer lijkt me in het genoemde expeditiegeval sprake te zijn van delen van één overeenkomst die elkaar in de tijd opvolgen en om die reden (in theorie) splitsbaar zijn. Het is dus geen verticale stapel blokken, maar eerder een horizontale verzameling blokken op een tijdbalk. Hoe het ook zij, in feite zijn we terug bij het splitsen van delen van een overeenkomst waarbij de tijd de splitsingsmomenten bepaalt ten opzichte van het vorige en volgende blok. Dat klinkt eenvoudig bij expeditie en bewaarneming, maar is het in andere gevallen vaak niet. Zo volgen ook koop en onderhoud elkaar vaak volgtijdelijk op: in de regel lijkt op het moment van aflevering de eenmalige transactie koop te eindigen en de duurovereenkomst onderhoud te beginnen. Maar wat te doen als het gekochte tien maanden na aflevering een gebrek vertoont, de leverancier er na onderhoud niet in slaagt het gebrek te herstellen en de afnemer door dit alles schade lijdt? Welk wettelijk regime is van toepassing als koop en onderhoud in dezelfde overeenkomst zijn opgenomen en daarop één, in de algemene voorwaarden opgenomen, exoneratie van toepassing is? Dat brengt mij terug naar de vordering als bepalende factor. Vordert de afnemer schadevergoeding op grond van non-conformiteit (art. 7:17 BW) of op grond van een tekortschieten in de zorg van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW)? Dat onderscheid is belangrijk, want het gaat om een resultaats- respectievelijk inspanningsverbintenis en bij een B2C-situatie om een per definitie vernietigbare (art. 7:24 jo. 7:6 jo. 3:40 lid 2 BW) respectievelijk vermoedelijk onredelijk bezwarende exoneratie (art. 6:233 onder a jo. 6:237 onder f BW). In zoverre zijn we weer terug bij de keuzevrijheid van de schuldeiser. Als we de schuldeiser in zo'n geval binnen de grenzen van de rechtsstrijd te hulp schieten met een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en de schuldenaar door de acties van de schuldeiser te beperken met de redelijkheid en billijkheid³⁹ en anti-omzeilingsmaatregelen,⁴⁰ dan hebben we een redelijk uitgebalanceerd stelsel. Vragen met betrekking tot het

37 K.F. Haak & R. Zwitser, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer. SI-EUR-reeks, deel 21*, Deventer: Kluwer 2003, p. 223-235 onder verwijzing naar HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo831, NJ 1993/456 (*Van Loo/Wouters*) en HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2512, NJ 1998/706 (*General Vargas*) en waarover *Asser/Houben 7-X* 2019/15.

38 Haak & Zwitser, *Opdracht aan hulppersonen* 2003, p. 223.

39 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).

40 Zie m.b.t. vorderingen die eigenlijk gegrond zijn op non-conformiteit, maar zijn ingekleed als vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad of dwaling teneinde de korte(re) verjarings-termijn bij koop te omzeilen: HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2582, NJ 2006/272 (*Inno Holding/Gemeente Sluis*) en HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552

van meet af aan splitsen van overeenkomsten (HR *Groeneveld Catering/de Staat*) of combineren van wettelijke regelingen (art. 6:215 BW) verdwijnen dan naar de achtergrond. Degenen die over overeenkomsten procederen, zullen zo'n systeem logisch vinden. Degenen die ze opstellen, hebben daardoor wellicht wat minder houvast. En toch zullen ook deze laatsten tevreden kunnen zijn: zij kunnen ervan uitgaan dat de rechter hun wil respecteert door de overeenkomst niet te gaan splitsen en kunnen met mogelijke vorderingen rekening houden door daarvoor afzonderlijke contractuele regelingen te ontwerpen met inachtneming van het ter zake geldende dwingende en aanvullende recht.

Overschaduw of absorbeer

Dan de laatste benadering: laat koop dienstverlening overschaduw of absorberen (of andersom). Van overschaduw en absorberen is vooral sprake als de wet dat met zoveel woorden bepaalt. Voorbeelden daarvan zijn met name in het uit Europa afkomstige consumentenrecht te vinden. Zo bepaalt de richtlijn consumentenkoop in art. 1 lid 4 dat de richtlijn ook van toepassing is als de zaak⁴¹ nog tot stand moet worden gebracht en de overeenkomst elementen van zowel aanneming van werk als koop behelst.⁴² Ter implementatie van dat artikel bepaalt art. 7:5 lid 4 BW sinds 1 mei 2003⁴³ dat in zo'n geval de bepalingen met betrekking tot koop en aanneming van werk naast elkaar van toepassing zijn, en in geval van strijd de kooppbepalingen (titels 7.1 respectievelijk 7.1.12). Dat is in de regel gunstig voor de consumentkoper. De conformiteitseis van art. 7:17 en 7:18 BW (in combinatie met het bewijsvermoeden van art. 7:18 lid 2 BW) is bijvoorbeeld strenger dan het wat vagere art. 7:759 BW. Art. 7:18 lid 3 BW bepaalt ter implementatie van art. 2 lid 5 van dezelfde richtlijn dat als bij consumentenkoop de verkoper verplicht is de zaak te installeren en de installatie ondeugdelijk is, dit gelijkgesteld wordt aan non-conformiteit van de zaak, en dat hetzelfde geldt als de koper ondeugdelijk heeft geïnstalleerd en dit te wijten is aan de met de levering verstrekte montagevoorschriften.⁴⁴

(*Ploum/Smeets*) respectievelijk HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*).

41 Ik realiseer me dat de Europese richtlijnen over goederen spreken, maar spreek in deze bijdrage over zaken om verarring met de definitie van goederen in art. 3:1 BW te voorkomen.

42 Artikel 1 lid 4 richtlijn consumentenkoop (1999/44): "Overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen consumptiegoederen vallen eveneens onder deze richtlijn.", vgl. het met ingang van 1 januari 2022 van toepassing zijnde art. 3 lid 2 richtlijn consumentenkoop (2019/771).

43 *Stb.* 2003, 110.

44 Ter implementatie van art. 2 lid 5 richtlijn consumentenkoop, vgl. het met ingang van 1 januari 2022 van toepassing zijnde art. 8 richtlijn consumentenkoop 2019.

Als we dit verklaren met de door Hijma geopperde overschaduwingsgedachten⁴⁵ dan zien we dat, gemeten naar het voor de beoordeling van conformiteit bij consumentenkoop cruciale moment van aflevering,⁴⁶ de consumentenkoop zijn schaduw zowel terugwerpt naar het verleden (aanneming van werk) als vooruitwerpt naar de toekomst (installatie en montage). Wat ook opvalt is dat de Nederlandse wetgever de richtlijn consumentenkoop langs de lijnen van art. 6:215 BW implementeerde: keuzevrijheid van de consument bij samenloop tussen koop en aanneming van werk en bij strijd prevaleert koop (art. 7:5 lid 4 BW). En dat de Europese en Nederlandse wetgever voor het overige een beperkte cross-default voorstaan: ondeugdelijke installatie door de verkoper of ten gevolge van ondeugdelijke montagevoorschriften levert (ook) non-conformiteit op (art. 7:18 lid 3 BW). Na de richtlijn consumentenkoop wordt de regelgeving strenger. Artikel 2 lid 5 richtlijn consumentenrechten bepaalt dat als verkoopovereenkomst ook geldt “elke overeenkomst die zowel goederen als diensten betreft”. Hoewel dit artikel qua wetgevingstechniek nauwelijks verschilt van art. 1 lid 4 richtlijn consumentenkoop, verlaat de Nederlandse wetgever op 13 juni 2014⁴⁷ het cumulatiedachtegoed van art. 6:215 BW door bij implementatie in art. 6:230g lid 2 BW niet te kiezen voor ‘samenloop en bij strijd prevaleert koop’, maar in beginsel⁴⁸ voor exclusieve toepasselijkheid van het consumentenkooprecht: bij samenloop gelden “slechts de bepalingen die van toepassing zijn op consumentenkoop.” Wellicht was dit met vooruitziende blik, want het primaat van het kooprecht zette zich ook in Europa voort. Artikel 3 lid 3 jo. art. 2 onder 5 onder b richtlijn consumentenkoop 2019 bepaalt, kort gezegd, dat bepaalde zaken waarin digitale inhoud of digitale diensten zijn verwerkt (zogenoemde embedded software) of waarmee ze zijn verbonden (bijv. cloud diensten) onder de werkingssfeer van die richtlijn vallen, en dat geldt bij twijfel ook.⁴⁹ Denk aan een bewakingscamera waarin software is verwerkt waardoor je de camera met je smartphone kunt bedienen respectievelijk de bewakingscamera die de beelden opslaat in de cloud (zogenoemde zaken met digitale elementen). Volgens art. 3 lid 4 jo. art. 2 onder 3 richtlijn digitale inhoud (2019/770) vallen dat soort zaken (dus) niet (ook) onder de werkingssfeer van die richtlijn

⁴⁵ Asser/Hijma 7-1 2019/20-21.

⁴⁶ Zie over aflevering als peilmoment W.L. Valk, ‘Stellen en bewijzen in gevallen van dwaling en non-conformiteit (II, slot)’, *WPNR* 2010/6868, p. 950-953 en de ‘bevriezing’ op dat moment, Asser/Hijma 7-1 2019/475.

⁴⁷ *Stb.* 2014, 140.

⁴⁸ Zie voor een uitzondering art. 6:230s lid 4 BW waarover overweging 50 richtlijn consumentenrechten: “Bij overeenkomsten die zowel op goederen als op diensten betrekking hebben, dienen de in deze richtlijn opgenomen voorschriften inzake het terugzenden van goederen te gelden voor de goederenaspecten en dient de vergoedingsregeling voor diensten te gelden voor de dienstenaspecten.”

⁴⁹ Zie ook art. 7:5a lid 1 jo. lid 2 jo. art. 7:5 lid 1 onder b BW voorstel Implementatiewet richtlijnen consumentenkoop en digitale inhoud.

digitale inhoud.⁵⁰ Ook de Europese wetgever kiest dus nu voor exclusiviteit in plaats van keuzevrijheid.

Die keuze voor de exclusiviteit van het kooprecht is in zekere zin opmerkelijk. Dat het kooprecht zijn schaduw terugwerpt op aanneming van werk is te begrijpen omdat het enkel gaat om de situatie dat de zaak tot stand wordt gebracht en dus uitmondt in een zaak die wordt verkocht en afgeleverd. Dat het kooprecht zijn schaduw vooruitwerpt op de installatie en montage is ook te begrijpen omdat die werkzaamheden meestal kort na aflevering plaatsvinden. Het cruciale uitgangspunt van het kooprecht, dat de conformiteit moet worden getoetst op het moment van aflevering, wordt op die manier weinig tot geen geweld aangedaan.⁵¹

Dat gaat nu wel gebeuren bij de implementatie van de richtlijnen consumentenkoop en digitale inhoud 2019, doordat bijvoorbeeld diensten die voordien op vrijwillige basis op grond van een overeenkomst van opdracht geleverd werden (i.c. updatediensten noodzakelijk voor het behoud van conformiteit) nu ineens dwingendrechtelijk onder het kooprecht worden voorgeschreven gedurende de daarvoor overeengekomen en ten minste redelijke periode (art. 6 onder d resp. art. 7 lid 3 richtlijn consumentenkoop 2019 en het voorgestelde art. 7:18 lid 4 BW) en het niet, gebrekkig of onvolledig leveren daarvan als conformiteitsgebrek wordt beschouwd (overweging 29 richtlijn consumentenkoop 2019).

Door deze nieuwe regels neemt de verantwoordelijkheid van de verkoper toe.

Vroeger was zijn rol na aflevering uitgespeeld en kon hij (passief) achteroverleunen totdat de consumentkoper een remedie uitoefende, nu moet hij zaken met digitale elementen na aflevering (proactief) blijven voorzien van updates. En dat is niet alles. Als de verkoper zodanige zaken levert, dan is hij verantwoordelijk voor de geleverde zaak en dus ook de te leveren updates “ongeacht of die digitale inhoud of de digitale dienst wordt geleverd door de verkoper of een derde” (art. 3 lid 3 richtlijn consumentenkoop 2019 en het voorgestelde art. 7:5a lid 1 BW). Het kooprecht absorbeert dus niet alleen de door de verkoper te leveren diensten, maar ook de door een derde te leveren diensten, vermoedelijk ook als dat op grond van een aparte overeenkomst tussen de consument en die derde geschiedt. Een verkoper die van die derde afhankelijk is, zal dus met die derde goede (back-to-back⁵²) afspraken moeten maken om te voorkomen dat hij tussen wal en schip valt. De Europese wetgever helpt daarbij met een beknelde tussenschakelbepaling, die wat halfslachtig is doordat zij niet van dwingend recht hoeft te zijn (overweging 63 en art. 18 richtlijn consumentenkoop 2019). Vooralsnog ziet het er echter naar uit dat de Nederlandse wetgever het dwingendrechtelijk karakter van de beknelde tussenschakel bepaling art. 7:25 BW handhaaft.

⁵⁰ Zie art. 7:50ab lid 2 BW voorstel Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud.

⁵¹ Asser/Hijma 7-1 2019/514 schrijft daarover: “Het kooprecht treedt hiermee enigszins buiten zijn natuurlijke oevers...”.

⁵² T.J. de Graaf, ‘Back-to-back contracteren bij distributie’, *ORP* 2014/2, p. 31-35.

Conclusie

Wat te doen met combinaties tussen koop en dienstverlening? Wat mij betreft het volgende. Als partijen losse overeenkomsten hebben gesloten voor koop en dienstverlening, laat dat dan zo en voeg ze niet samen, maar bekijk of ze elkaar vanwege hun samenhang op grond van wetgeving of jurisprudentie moeten of kunnen beïnvloeden. Als partijen één overeenkomst met elementen van koop en dienstverlening hebben gesloten, laat dat dan zo en splits of stapel ze niet, maar beoordeel op vorderingenniveau aan de hand van de keuzevrijheid van de schuldeiser in het licht van redelijkheid en billijkheid en anti-omzeilingsmaatregelen. En pas bij wijze van uitzondering door middel van overschaduw en absorberen exclusiviteitsregelingen toe, maar alleen als de wet dat voorschrijft, zoals bij de regelingen die (zullen) voortkomen uit de richtlijn consumentenkoop 2019. Dat overschaduwen en absorberen is overigens niet onbegrijpelijk, maar markeert wel een verschuiving in het kooprecht. Wierp het kooprecht eerst nog gedurende een korte periode zijn schaduw voor- en achteruit, maar bleef de focus op het moment van aflevering en een daarna passieve verkoper, nu werpt het kooprecht zijn blik ver vooruit naar updates die na aflevering door een proactieve verkoper moeten worden verstrekt en waarvoor hij verantwoordelijk is, ook al worden ze door een derde geleverd op grond van een overeenkomst waar hij geen partij bij is. Door dit alles wordt het blikveld van het kooprecht breder en de sluitertijd langer, maar het beeld onscherp.