

# De (gevolgen van de) kwalificatie van circulaire product as a service-contracten

NTBR 2023/33

**Het product as a service-contract wordt in de literatuur regelmatig (zonder nadere toelichting) aangemerkt als huurovereenkomst of overeenkomst van opdracht. In deze bijdrage onderzoek ik hoe het product as a service-contract gekwalificeerd moet worden en welke gevolgen deze kwalificatie met zich brengt. Ik concludeer dat ofwel sprake is van een huurovereenkomst ofwel van een gemengde overeenkomst die zowel een huurovereenkomst als een overeenkomst van opdracht behelst. Wanneer sprake is van een gemengde overeenkomst leidt artikel 6:215 BW er vervolgens toe dat enkele bepalingen uit de regeling van opdracht buiten toepassing blijven. Daarnaast wordt het toepassingsbereik van artikel 7:226 BW juist uitgebreid.**

## 1. Inleiding

Een van de verdienmodellen die aanbieders van producten binnen een circulaire economie kunnen gebruiken, is het zogenoemde *product as a service*-model. Kort gezegd komt dit model erop neer dat aanbieders van producten het gebruik van hun producten 'als dienst' aanbieden.<sup>2</sup> In plaats van de verkoop van lampen en wasmachines wordt bijvoorbeeld de service 'verlichting' respectievelijk 'wassen' verleend.<sup>3</sup> In de literatuur is wel opgemerkt dat (mede) door het gebruik van het product as a service-model het koopcontract steeds verder naar de achtergrond wordt verdrongen en niet langer de centrale plaats binnen het Nederlandse contractenrecht inneemt.<sup>4</sup> Daar komt nog bij dat "(...) de traditionele scheidslijnen van benoemde overeenkomsten in het BW vervagen".<sup>5</sup> In de literatuur wordt verondersteld dat het product as a

service-contract de vorm van een huurovereenkomst en/of van een overeenkomst van opdracht aanneemt.<sup>6</sup>

Voor partijen bij een product as a service-contract is noodzakelijk dat zij zich bewust zijn van de kwalificatie(mogelijkheden) van hun contract. Daardoor weten zij allereerst met welk dwingend recht ze rekening moeten houden. Denk bijvoorbeeld aan de dwingendrechtelijke opzegbevoegdheid die artikel 7:408 lid 1 BW toekent aan de opdrachtgever die een natuurlijk persoon is en niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. In het kader van het product as a service-contract zou dit betekenen dat de consument-afnemer (de opdrachtgever)<sup>7</sup> te allen tijde het contract kan opzeggen. Daarnaast kunnen partijen alleen dan – als ze weten welke wettelijke regeling(en) op hun overeenkomst van toepassing is (/zijn) – weloverwogen besluiten expliciet af te wijken van regelend recht. Wanneer partijen zich niet bewust zijn van de toepasselijkheid van een bepaalde (voor hen onwenselijke) regeling, zullen zij deze mogelijk 'per ongeluk' niet uitsluiten noch daarvoor een eigen voorziening opnemen. Goed denkbaar is bijvoorbeeld dat partijen willen afwijken van de instructiebevoegdheid die artikel 7:402 BW de opdrachtgever toekent.<sup>8</sup> Aangezien de afnemer de opdrachtgever is, zou hij op grond van dit artikel de aanbieder "aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht" mogen geven. Het ligt echter voor de hand dat de aanbieder van het product (de opdrachtnemer) zelf wil bepalen hoe hij de 'opdracht' uitvoert en dat hij eventueel zelfs juist aan de afnemer (de opdrachtgever) instructies wil geven ten aanzien van bijvoorbeeld het gebruik van het product. Tot slot verbindt artikel 7:226 BW aan de huurovereenkomst een zekere mate van goederenrechtelijke werking ('koop breekt geen huur'), die de overeenkomst van opdracht niet kent. Het is de vraag wat in dit kader geldt ten aanzien van het product as a service-contract.

In deze bijdrage ga ik in op de vraag hoe product as a service-contracten civielrechtelijk gekwalificeerd moeten worden en welke gevolgen deze kwalificatie met zich brengt. Om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de praktijk, heb ik enkele product as a service-contracten ingezien.<sup>9</sup> Deze mogelijkheid kreeg ik op voorwaarde van geheimhouding. Verschillende voorbeelden die ik in deze bijdrage noem, zijn geïnspireerd door bepalingen die ik in deze contracten tegenkwam. Dit geldt bijvoorbeeld voor de in paragraaf 2.2 te bespreken idee van het opnemen van een considerans waarin circulariteit uitdrukkelijk wordt genoemd en voor de voorbeelden uit paragraaf 3.2.1 ten aanzien van de inhoud van de

1 Citeerwijze: E.E. Maathuis, 'De (gevolgen van de) kwalificatie van circulaire product as a service-contracten', *NTBR* 2023/33, afl. 8. Mr. E.E. (Ellen) Maathuis is docent Burgerlijk Recht aan de Radboud Universiteit en als promovenda verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R).

2 In par. 2 van deze bijdrage licht ik de inhoud van dit model verder toe.

3 Zie: [signify.com/nl-nl/lighting-services/managed-services/light-as-a-service/bundles.nl/hoer-het-werkt](https://signify.com/nl-nl/lighting-services/managed-services/light-as-a-service/bundles.nl/hoer-het-werkt).

4 Zie bijvoorbeeld: T. Hartlief, 'Koop als gids voor het contractenrecht?', *NJB* 2019/2493; V. Mak, 'Consumentenbescherming bij servitization', in: *De verschuiving van een goederen- naar een diensteneconomie; De kroongetuije; Gewapend bestuur. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (Preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland)*, Den Haag: Boom juridisch 2019; A.C. van Schaick, 'Digitalisering en vermogensrecht', in: J.H. Gerards & A.C. van Schaick, *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2019; A.C. van Schaick, 'Verlos ons van de koopovereenkomst', *WPNR* 2022/7362. Van Gulijk merkt overigens op dat van 'verdringing' niet steeds sprake is: "(...) een product kan ook verkocht en geleverd worden, waarna vervolgens een dienst wordt verleend." Zie: S. van Gulijk, 'Verduurzaming, verdienslijking en vervaging in het bijzondere overeenkomstenrecht', *TBR* 2023/15, par. 1.

5 Van Gulijk, *TBR* 2023/15, par. 2.

6 Zie hierover par. 3.

7 Zie par. 3.2.

8 Zie hierover par. 3.2 en 4.3.

9 Het betreft een tiental contracten ten aanzien van uiteenlopende producten, van vervoersmiddelen tot keukenapparatuur.

onderhoudsplicht van de aanbieder. Vanwege de overeengekomen geheimhouding kan ik in die gevallen geen concrete verwijzing opnemen. Daarnaast heb ik de contracten gebruikt om in paragraaf 2.2 enkele uitgangspunten ten aanzien van de inhoud van het product as a service-contract te kunnen opstellen. Ik verwijs in deze bijdrage alleen naar specifieke voorbeelden wanneer de besproken informatie publiekelijk toegankelijk is.<sup>10</sup> Voor de goede orde: dit kleine praktijkonderzoek betreft uitdrukkelijk *geen* empirisch-wetenschappelijk onderzoek waaraan representatieve conclusies verbonden kunnen worden, maar is uitsluitend bedoeld als inspiratiebron voor wat partijen in de praktijk zoal (kunnen) afspreken.

Met het oog op het onderwerp van deze bijdrage – de kwalificatie van het product as a service-contract – beperk ik mij tot de verhouding aanbieder-afnemer. Deze twee partijen sluiten immers het product as a service-contract. De aanbieder kan op zijn beurt weer contractuele relaties hebben met producenten (of aanbieders) van (onderdelen van) het product. Deze relaties laat ik buiten beschouwing. De aanbieder kan bovendien ofwel zelf de producent van het product zijn ofwel een soort ‘tussenschakel’ vormen tussen de producent en de afnemer.<sup>11</sup> Tot slot kan de afnemer zowel een consument als een professionele partij zijn. Waar nodig maak ik expliciet onderscheid tussen deze twee mogelijkheden.

In het vervolg van deze bijdrage sta ik allereerst stil bij het product as a service-concept en enkele uitgangspunten ten aanzien van de inhoud van de contracten (par. 2). Vervolgens ga ik in op de mogelijke kwalificaties van het product as a service-contract (par. 3) en op de gevolgen die deze kwalificatiemogelijkheden met zich brengen (par. 4). Ik constateer dat – afhankelijk van de inhoud en omvang van de serviceverplichtingen die de aanbieder op zich neemt – sprake kan zijn van een huurovereenkomst of van een gemengde overeenkomst die zowel een huurovereenkomst als een overeenkomst van opdracht behelst. Wanneer sprake is van een gemengde overeenkomst, leidt toepassing van artikel 6:215 BW er vervolgens toe dat enkele bepalingen uit de regeling van opdracht buiten toepassing blijven. Daarnaast wordt het toepassingsbereik van artikel 7:226 BW juist uitgebreid. In paragraaf 5 sluit ik af met een korte samenvatting.

## 2. Product as a service

### 2.1 De circulaire economie en product as a service

De circulaire economie kan worden omschreven als “(...) een economisch en industrieel systeem dat de herbruikbaarheid van producten en grondstoffen en het herstellend vermogen van natuurlijke hulpbronnen als uitgangspunt neemt, waardevernietiging in het totale systeem minimaliseert en

waardecreatie in iedere schakel van het systeem nastreeft”.<sup>12</sup>

In tegenstelling tot het lineaire *take-make-waste*-model neemt de circulaire economie aldus de *herbruikbaarheid* van producten en grondstoffen tot uitgangspunt. Waardebehoud is daarmee een belangrijk kenmerk van de circulaire economie. Een van de mogelijke businessmodellen in een circulaire economie is het product as a service-model. Dit model is een concrete toepassing van de meer algemene *servitization*-trend. Het gebruik van het product as a service-model draagt bij aan zowel het hergebruik van grondstoffen als aan de verlenging van de levensduur van producten. Zoals in de inleiding gezegd, houdt dit verdienmodel in dat de aanbieder van producten het product niet in eigendom overdraagt aan de afnemer, maar de afnemer enkel ‘als dienst’ de mogelijkheid geeft het product te gebruiken. De aanbieder verleent daarnaast een bepaalde service ten aanzien van het product. Zo voert hij het onderhoud aan het product uit en zal hij bepaalde reparaties uitvoeren. Op die manier heeft de aanbieder een zekere invloed op de staat waarin het product aan het einde van de overeengekomen termijn – wanneer hij het product terugkrijgt – verkeert. In ruil voor deze diensten betaalt de afnemer periodiek een bedrag in geld. Wanneer het product na afloop van het contract bij de aanbieder terugkomt, kan hij vervolgens het product weer aan een andere afnemer in gebruik geven of onderdelen van het product gebruiken als grondstof voor een nieuw product. Hierdoor ontstaan kringlopen. Het sluiten van dergelijke kringlopen is een belangrijk onderdeel van de circulaire economie. Bovendien ervaart de aanbieder een prikkel om producten aan te bieden die lang meegaan. Als het product kapotgaat, moet de aanbieder het immers repareren of vervangen om toch de ‘dienst’ te kunnen verlenen. In een lineaire economie – waarin de aanbieder het product verkoopt – is de aanbieder er juist bij gebaat dat het product niet al te lang meegaat. Als het product dan kapotgaat, komt de afnemer wellicht terug om een nieuw product te kopen. Het product as a service-model maakt dus niet alleen het sluiten van kringlopen mogelijk, maar motiveert de aanbieder ook producten met een lange levensduur aan te bieden.

Een belangrijke kanttekening is dat het product as a service-model in de praktijk niet automatisch circulair is. Als het product terugkomt bij de aanbieder, bestaat nog geen garantie dat de aanbieder (onderdelen van) het product ook daadwerkelijk gaat hergebruiken om op die manier bij te dragen aan het sluiten van kringlopen. De aanbieder van producten kan ervoor kiezen het gebruik van zijn producten als dienst aan te bieden, omdat hij verwacht hiermee meer winst te behalen – zonder dat hij daadwerkelijk de ambitie

<sup>10</sup> Bijvoorbeeld de websites van Chainable en Opnieuw! in par. 2.2 en het Bundles-abonnement in par. 3.2.2.

<sup>11</sup> Om die reden gebruik ik de neutralere term ‘aanbieder’.

<sup>12</sup> SER, *Werken aan een circulaire economie: geen tijd te verliezen* (advies aan de staatssecretaris van infrastructuur en milieu), Den Haag: SER 2016/05, p. 149 (onder verwijzing naar de Ellen MacArthur Foundation). Zie over de circulaire economie en circulaire businessmodellen bijvoorbeeld ook: A.G.T.M. Bastein e.a., *Kansen voor de circulaire economie in Nederland* (TNO-rapport), Delft: TNO 2013; J. Jonker, I. Kothman, N. Faber & H. Stegeman, ‘Bouwstenen van circulaire businessmodellen’, *Sigma* 2017/2; J. Jonker, H. Stegeman & N. Faber, *De circulaire economie: denkbeelden, ontwikkelingen en businessmodellen*, Whitepaper 2018.

heeft om (onderdelen van) de producten te gaan hergebruiken. Zoals ik in paragraaf 2.2 zal toelichten, richt ik me in deze bijdrage uitsluitend op de kwalificatie van rechtsverhoudingen waarin de aanbieder daadwerkelijk vanuit een circulariteitsidee het product as a service-model gebruikt.

## 2.2 Inhoud van het product as a service-contract

Voordat men toekomt aan de kwalificatie van een contract, moet het contract eerst worden uitgelegd.<sup>13</sup> Pas nadat – aan de hand van de *Haviltex*-regel<sup>14</sup> – de inhoud van het contract is vastgesteld, kan worden bepaald onder welke benoemde overeenkomst het contract (eventueel) valt. Het is daarbij irrelevant of partijen al dan niet de bedoeling hadden om de overeenkomst onder een bepaalde wettelijke regeling te laten vallen. Het gaat er uitsluitend om of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de benoemde overeenkomst.<sup>15</sup> Dit is recent nog bevestigd in de *Deliveroo*-uitspraak, waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof – dat tussen Deliveroo en de bezorgers sprake is van een arbeidsovereenkomst – in stand liet.<sup>16</sup> Toegepast op het product as a service-contract kunnen partijen hun overeenkomst wel het kopje ‘huur-overeenkomst’ geven, maar dat sluit niet uit dat (daarnaast) sprake is van een overeenkomst van opdracht. Andersom kunnen partijen wel zeggen dat het gaat om een overeenkomst van opdracht, maar als tegen betaling een zaak in gebruik wordt gegeven, zal al gauw (ook) sprake zijn van een huurovereenkomst in de zin van artikel 7:201 BW.<sup>17</sup>

Aangezien ‘het’ product as a service-contract niet bestaat en uit de door mij bekeken contracten duidelijk bleek dat het ene contract het andere niet is, lijkt het goed de ‘casus’ die in deze bijdrage centraal staat wat te verduidelijken. Ik expliciteer daarom enkele uitgangspunten ten aanzien van de inhoud van het product as a service-contract waar ik in deze bijdrage van uitga.<sup>18</sup> Zonder deze uitgangspunten zou ik allerlei verschillende mogelijkheden kunnen bespreken, hetgeen de overzichtelijkheid van deze bijdrage niet ten goede zou komen. Overeenkomsten die niet met de hierna te bespreken uitgangspunten in overeenstemming zijn, vallen daarom buiten het bereik van deze bijdrage.

13 Zie bijvoorbeeld: HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, NJ 2020/43, r.o. 3.2.3 (waarin het ging om een (mogelijke) pachtovereenkomst) en HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, NJ 2021/116, m.nt. E. Verhulp, r.o. 3.2.3 (waarin het ging om de vraag of sprake was van een arbeidsovereenkomst). Zie ook naar aanleiding van deze twee arresten: W.H. van Boom, ‘Uitleg en kwalificatie: stappenplan of eendentest?’, *NTBR* 2021/5.

14 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner.

15 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, NJ 2021/116, m.nt. E. Verhulp, r.o. 3.2.2. Het ging hier om een arbeidsovereenkomst.

16 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

17 Vgl. par. 3.1.

18 Zoals in de inleiding vermeld, heb ik deze uitgangspunten opgesteld aan de hand van bepalingen die ik tegenkwam in de contracten. Het is echter niet zo dat de gekozen uitgangspunten ook per definitie het vaakst voorkwamen in de bestudeerde contracten. Zoals gezegd was geen sprake van een empirisch onderzoek. Gelet op het kleine aantal en de willekeurigheid van de bestudeerde contracten pretendeer ik geen representativiteit. De contracten dienden slechts ter inspiratie bij het opstellen van deze uitgangspunten.

Allereerst hebben partijen afgesproken dat de afnemer gedurende een bepaalde periode het product mag gebruiken (hierna ook wel: het gebruikselement) en dat de aanbieder gedurende die periode (tot op zekere hoogte) het onderhoud en de reparaties voor zijn rekening neemt (hierna ook wel: het service-element). Het is daarbij ook mogelijk dat het de afnemer in het contract expliciet wordt verboden zelf onderhoud of reparaties uit te voeren. Na afloop van het contract komt het product bij de aanbieder – de eigenaar – terug. De afnemer heeft aan het eind van het contract geen koopoptie.<sup>19</sup> Dat zou het circulaire doel – waarvoor het product weer bij de aanbieder moet terugkomen – belemmeren.

In aansluiting op deze laatste opmerking expliciteer ik nog een laatste uitgangspunt. Hoewel het regelmatig voorkomt dat aanbieders producten ‘as a service’ aanbieden zonder daarbij (expliciet) circulariteitsdoelen na te streven (vgl. par. 2.1),<sup>20</sup> ziet deze bijdrage niet op die contracten. Ik richt me uitsluitend op product as a service-contracten waarin de aanbieder daadwerkelijk vanuit circulaire overwegingen handelt en de afnemer dit weet (of kan weten). Deze circulaire overwegingen kunnen bijvoorbeeld blijken uit een considerans die wordt opgenomen in de overeenkomst en waarin partijen aangeven dat zij (mede) met het oog op circulariteitsdoelen tot het sluiten van dit contract zijn gekomen. Daarnaast kan het circulariteitsdoel kenbaar zijn doordat de aanbieder dit met zo veel woorden op zijn website aanprijst.<sup>21</sup> In paragraaf 3.3 zullen we zien dat de circulariteitsoverwegingen van belang zijn bij de kwalificatie van het contract, in het bijzonder wanneer het aankomt op de vraag of sprake is van een gemengde overeenkomst. Met het oog op de insteek en de overzichtelijkheid van deze bijdrage kies ik ervoor me uitsluitend te richten op product as a service-contracten die daadwerkelijk circulair zijn ingegeven, en waarbij de aanbieder na afloop van de contractstermijn (onderdelen van) het product hergebruikt.

## 3. Kwalificatie

In de literatuur komt de kwalificatie van product as a service-contracten al regelmatig – hoewel in de meeste gevallen zijdelings – aan bod.<sup>22</sup> De meeste auteurs scharen het product as a service-contract – impliciet of expliciet – onder de noemer ‘lease’ dan wel ‘huur’ en/of ‘dienstverlening’ dan

19 Wanneer dit wel zo is, loopt men tegen de vraag aan of sprake is van huurkoop. Zie in dit kader ook de overwegingen omtrent de overeenkomst van goederenkrediet in par. 3.1.

20 Slachmuylders merkt op dat bedrijven vaak voor *servitization* kiezen vanwege economische redenen in plaats van duurzaamheidsoverwegingen, zie: H. Slachmuylders, ‘Movable Servitization’, in: B. Keirsbilck e.a. (red.), *Servitization and circular economy: economic and legal challenges*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 138, met verwijzing naar: B. Keirsbilck & S. Rousseau, ‘The Marketing Stage: Fostering Sustainable Consumption Choices’, in: B. Keirsbilck & E. Terryn (red.), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 96-97.

21 Zie bijvoorbeeld: [chainable.nl/kitchen-as-a-service](https://chainable.nl/kitchen-as-a-service) en [opnieuw.nl/opnieuw-as-a-service](https://opnieuw.nl/opnieuw-as-a-service).

22 Bijvoorbeeld Van Gulijk stelt wel de kwalificatie van de contracten centraal, maar zij richt zich in het bijzonder op de kwalificatie van contracten waarin koop wordt gecombineerd met dienstverlening, zie: Van Gulijk, *TBR* 2023/15.

wel 'opdracht'.<sup>23</sup> Daarnaast wordt in de literatuur de mogelijkheid van kwalificatie van het product as a service-contract als bruikleenovereenkomst besproken – en (terecht) afgeschoten.<sup>24</sup> Aangezien de afnemer van het product de aanbieder een (niet-symbolische) tegenprestatie moet betalen, ligt de kwalificatie als bruikleen inderdaad niet voor de hand.<sup>25</sup> Deze kwalificatiemogelijkheid laat ik daarom in het vervolg buiten beschouwing.

Ik ga in deze paragraaf achtereenvolgens in op de (kwalificatievoorwaarden voor de) huurovereenkomst (par. 3.1) en de overeenkomst van opdracht (par. 3.2). Tot slot sta ik stil bij de gemengde overeenkomst uit artikel 6:215 BW (par. 3.3).

### 3.1 Huurovereenkomst

Artikel 7:201 BW omschrijft de huurovereenkomst als:

“(...) de overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder, zich verbindt aan de andere partij, de huurder, een zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie.”

Aan de twee kwalificatievoorwaarden die dit artikel geeft, is bij het product as a service-contract zonder meer voldaan: de aanbieder verstrekt het gebruik van het product en de afnemer betaalt daarvoor een tegenprestatie in de vorm van een periodieke vergoeding. Sinds het *Timeshare*-arrest weten we dat niet in alle gevallen waar elementen van een overeenkomst voldoen aan de wettelijke omschrijving van huur de huurbepalingen ook daadwerkelijk van toepassing zijn. Bekeken moet worden of – met het oog op wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond – de overeenkomst *in zijn geheel beschouwd*

als huurovereenkomst kan worden aangemerkt.<sup>26</sup> In het product as a service-geval levert deze nuancering geen problemen op: de overeenkomst kan ook in zijn geheel beschouwd als huurovereenkomst worden aangemerkt. Het voornaamste doel van de overeenkomst is immers dat de afnemer (tegen een periodieke vergoeding) een product van de aanbieder in gebruik krijgt. Het is daarom alleen nog de vraag of – naast de algemene huurbepalingen uit Boek 7 BW<sup>27</sup> – een bijzondere regeling van toepassing is.

Nu het om roerende zaken gaat, is de enige voor de hand liggende optie de regeling omtrent goederenkrediet.<sup>28</sup> Artikel 7:84 lid 3 sub c BW stelt dat een huurovereenkomst als overeenkomst van goederenkrediet kan worden gekwalificeerd als zij de strekking van een overeenkomst van goederenkrediet heeft.<sup>29</sup> De strekking van een overeenkomst van goederenkrediet houdt in dat de overeenkomst een van beide partijen een “*financiële faciliteit*” moet bieden.<sup>30</sup> De memorie van toelichting noemt als voorbeeld van huurovereenkomsten met de strekking van goederenkrediet de huurovereenkomst met een verplichting tot aankoop aan het einde van de overeenkomst en de huurovereenkomst met een bevoegdheid tot aankoop tegen een symbolisch bedrag.<sup>31</sup> In de kern gaat het om de vraag of de huurder op een zeker moment de eigendom van de zaak verkrijgt of in “*een met eigendom vergelijkbare positie*” terecht komt (bijvoorbeeld doordat hij na een bepaalde termijn geen huur meer hoeft te betalen).<sup>32</sup> Het verschaffen van het genot van een zaak tegen betaling leidt op zichzelf niet tot toepasselijkheid van de regeling omtrent goederenkrediet.<sup>33</sup> Zoals we in paragraaf 2.2 zagen, is het in het geval van het product as a service-contract de bedoeling dat de zaak na afloop van de contractstermijn weer teruggaat naar de aanbieder en willen partijen *voorkomen* dat de afnemer ooit eigenaar wordt. Aangezien de product as a service-overeenkomst niet de strekking van goederenkrediet heeft, is de regeling omtrent goederenkrediet niet van toepassing. Concluderend is sprake van een ‘gewone’ huurovereenkomst, waar geen nadere regeling voor is getroffen in het BW.

De product as a service-overeenkomst wordt overigens in de literatuur en in veel contracten ook wel aangeduid als lease in plaats van huur.<sup>34</sup> Het gaat dan specifiek om *operational*

23 Zie bijvoorbeeld: M. van der Veen, M. Hulshof & H.D. Ploeger, ‘Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie’, *WPNR* 2014/7033; A.M. Schmidt, ‘Diensten in de circulaire economie en enkele mogelijke privaatrechtelijke belemmeringen’, *M en R* 2017/120, par. 5.1; R. Koolhoven, ‘Worden ‘slimme’ zaken in de circulaire economie ook nagetrokken?’, *WPNR* 2018/7194, par. 2; A.C. van Schaick, ‘Digitalisering en vermogensrecht’, in: J.H. Gerards & A.C. van Schaick, *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2019; V. Mak, ‘Consumentenbescherming bij servitization’, in: *De verschuiving van een goederen- naar een diensteneconomie; De kroongetuige; Gewapend bestuur. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (Preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland)*, Den Haag: Boom juridisch 2019; T. Hartlief, ‘Het Huis van de toekomst’, *NJB* 2019/1429; C.H.A. van Oostrum, ‘(On)zekerheden bij het financieren van het product-als-dienstmodel’, *O&F* 2020/28, par. 2.1; S. van Gulijk, ‘De juridische kwalificatie van verdienstelijking in de gebouwde omgeving’, *WPNR* 2021/7326, par. 2; R.M. Wibier, ‘Servitization en goederen- en insolventierecht’, *WPNR* 2021/7326; T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Juridische aandachtspunten bij servitization, in het bijzonder ten aanzien van IT’, *WPNR* 2021/7326, par. 2; M.B.M. Loos, ‘Servitization, consumentenhuur en consumentenkoop’, *WPNR* 2022/7396; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/70d; R. Westrik, ‘Circulariteit en privaatrecht. Een nieuw eigendomsconcept, of een Circulariteitswet?’, *WPNR* 2022/7354, par. 4.

24 Zie bijvoorbeeld: Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, par. 2.

25 Art. 7A:1777 BW spreekt immers over de partij die de zaak “om niet ten gebuik geeft”. Zie over het onderscheid tussen huur en bruikleen: T.S.M. Fraai, ‘Kwalificeert een tussen partijen gesloten overeenkomst als huur of bruikleen?’, *TvHB* 2022/3.

26 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9673, *NJ* 2012/73, m.nt. A.L.M. Keirse, r.o. 4.4.

27 Art. 7:201 t/m 7:231 BW.

28 Huur van woonruimte en huur van bedrijfsruimte vallen om genoemde reden automatisch af.

29 Zie hierover meer in detail: M. van der Weide, ‘Lease en huurkoop onder de nieuwe titel 7.2b (goederenkrediet) van het Burgerlijk Wetboek’, *WPNR* 2017/7158, par. 3.

30 Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/145.

31 *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3, p. 26.

32 Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/145.

33 Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/12 en 7-IA 2021/145.

34 Zie bijvoorbeeld: Van der Veen, Hulshof & Ploeger, *WPNR* 2014/7032, p. 857; Schmidt, *M en R* 2017/120, par. 2.2; Hartlief, *NJB* 2019/1429; Van Oostrum, *O&F* 2020/28, par. 2.1, met verwijzing naar: Working Group Finance 2016, p. 42; Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, par. 2.

lease.<sup>35</sup> Over het algemeen kan worden aangenomen dat operational lease onder de wettelijke omschrijving van de huurovereenkomst valt.<sup>36</sup> Zoals ik hierboven heb aangetoond, is voor het product as a service-contract duidelijk dat dit als huur dient te worden aangemerkt. De leaseovereenkomst is als zodanig niet wettelijk geregeld,<sup>37</sup> waardoor een eventuele kwalificatie van het product as a service-contract als leaseovereenkomst geen (civielrechtelijke) gevolgen met zich brengt. Deze kwalificatie is met name economisch van aard en daarmee in het bijzonder van belang voor de fiscale en accountancypraktijk.<sup>38</sup> Aangezien ik me in deze bijdrage richt op de civielrechtelijke (gevolgen van de) kwalificatie, laat ik de eventuele kwalificatie van het product as a service-contract als leaseovereenkomst verder buiten beschouwing en volsta ik met de vaststelling dat (in ieder geval) sprake is van een huurovereenkomst.

### 3.2 *Overeenkomst van opdracht*

#### 3.2.1 *Algemeen*

Een product as a service-contract kan (in sommige gevallen) ook als overeenkomst van opdracht worden gekwalificeerd. Zoals hierna zal blijken, is deze kwalificatie mijns inziens met name afhankelijk van de inhoud en omvang van de serviceverplichtingen die de aanbieder op zich neemt. Artikel 7:400 BW omschrijft de overeenkomst van opdracht als:

“(…) 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 uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.”

In het kader van het product as a service-model verbindt de aanbieder van het product zich – anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst – tot het uitvoeren van bepaalde werkzaamheden ten aanzien van het product, zoals het onderhoud en de reparaties.<sup>39</sup> Daarmee zou in principe sprake zijn van een overeenkomst van opdracht, waarbij de afnemer de opdrachtgever is en de aanbieder de opdrachtnemer. Een korte terminologische opmerking is op zijn plaats. Zoals in paragraaf 3 gezegd, wordt het product as a service-contract in de literatuur ook wel als dienstverleningsovereenkomst aangemerkt. Tjong Tjin Tai stelt dat vanuit juridisch oogpunt dienstverlening en opdracht als synoniemen kunnen worden aangemerkt.<sup>40</sup> Het begrip ‘dienstverlening’ kan naar mijn

idee te gemakkelijk verward worden met het ‘verrichten van diensten’ in de zin van de Dienstenrichtlijn (zoals geïmplementeerd in art. 6:230a e.v. BW). Dit leerstuk valt buiten het bereik van deze bijdrage, aangezien het niet gaat om ‘kwalificatie’ van de overeenkomst aan de hand van de benoemde overeenkomsten. Ik beperk me daarom tot het gebruik van de wettelijke term ‘opdracht’.

Het antwoord op de vraag óf een specifieke product as a service-overeenkomst als overeenkomst van opdracht kwalificeert, hangt mijns inziens voornamelijk af van de inhoud en omvang van de serviceverplichtingen die de aanbieder op zich neemt. Om tot die conclusie te komen, moet eerst een uitstapje naar de ‘gewone’ huurovereenkomst worden gemaakt, waar ook een bepaald service-element in zit.

De verhuurder is in beginsel verplicht zorg te dragen voor het onderhoud van de verhuurde zaak. Tot 1 augustus 2003 was deze plicht met zo veel woorden vastgelegd in artikel 7A:1586 BW (oud) en nader gespecificeerd in artikel 7A:1587 BW (oud).<sup>41</sup> In Afdeling 2 van Titel 7.4 BW – waar de verplichtingen van de verhuurder zijn geregeld – is een dergelijke onderhoudsplicht niet in dezelfde woorden terug te vinden. Desalniettemin is het bestaan van een onderhoudsplicht voor de verhuurder naar huidig recht op basis van de wetsgeschiedenis moeilijk te betwisten. Ten aanzien van artikel 7:206 BW – waarin de plicht van de verhuurder tot het verhelpen van gebreken is geregeld – is in de memorie van toelichting het volgende te lezen:

“In de onderhavige bepaling in combinatie met artikel 204 vindt men de verplichtingen terug van de verhuurder in de huidige artt. 1586 en 1587 om het gehuurde te onderhouden en te herstellen en de huurder het rustig genot ervan te doen hebben.”<sup>42</sup>

De memorie van antwoord verduidelijkt vervolgens dat de verplichting van de verhuurder om gebreken te verhelpen (art. 7:206 BW) als het ware een verplichting tot het uitvoeren van periodiek onderhoud ‘insluit’. Als de verhuurder niet het onderhoud uitvoert, verkrijgt de huurder immers niet het genot dat hij van een goed onderhouden zaak mag verwachten en is er sprake van een gebrek.<sup>43</sup>

35 Waar bij *financial lease* de financiering van een zaak een centrale rol inneemt, draait het bij operational lease om het gebruik van de zaak, zie: J.J. van Hees, *Leasing (Onderneming & Recht nr. 8)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997 par. 2.2; Asser/Houben 7-X 2019/40.

36 Asser/Houben 7-X 2019/50.

37 Asser/Houben 7-X 2019/39. De leaseovereenkomst kan soms worden gekwalificeerd als huur en soms als huurkoop of goederenkrediet, zie: Asser/Houben 7-X 2019/49.

38 Asser/Houben 7-X 2019/42.

39 Het uitvoeren van onderhoud kan worden gekwalificeerd als opdracht, vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/17.

40 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/15.

41 “7A:1586:

*De verhuurder is, door den aard van de overeenkomst, en zonder dat daartoe eenig bijzonder beding vereischt wordt, verplicht:*

1° *Om het verhuurde aan den huurder ter beschikking te stellen;*

2° *Om hetzelfde te onderhouden in zoodanigen staat, dat het tot het gebruik waartoe het verhuurd is dienen kan;*

3° *Om den huurder het rustig genot daarvan te doen hebben, zoo lang de huur duurt.*

7A:1587-1:

*De verhuurder is gehouden de verhuurde zaak in alle opzichten in goede staat van onderhoud ter beschikking te stellen.*

7A:1587-2:

*Hij moet daaraan, gedurende den huurtijd, alle reparaties laten doen welke noodzakelijk mogten worden, met uitzondering van degene tot welke de huurder verplicht is.”*

42 *Kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 16 (MvT).*

43 *Kamerstukken I 2001/02, 26089, nr. 162, p. 13 (MvA).*

Hoewel hiermee vaststaat dát op de verhuurder een onderhoudsplicht rust, is (zowel naar oud als naar huidig recht) onduidelijk wat de precieze omvang van deze plicht is.<sup>44</sup> Zeker is in ieder geval dat ‘kleine herstellingen’ in beginsel door de huurder moeten worden verricht (art. 7:217 BW). Deze kleine herstellingen vormen daarmee als het ware de ondergrens van de onderhoudsplicht van de verhuurder. De bovengrens van de onderhoudsplicht hangt ingevolge artikel 7:204 lid 2 BW af van wat de huurder objectief gezien mag verwachten van een goed onderhouden zaak.<sup>45</sup>

Van belang is in dit kader om op te merken dat artikel 7:204 BW en de eerste twee leden van artikel 7:206 BW (buiten de gevallen van de huur van woonruimte) van regelend recht zijn.<sup>46</sup> Partijen kunnen aldus bijvoorbeeld een andere definitie van ‘gebrek’ overeenkomen en via die weg de onderhoudsplicht van de verhuurder beperken of uitbreiden.<sup>47</sup> In de literatuur bestaat met name aandacht voor de grenzen waarmee de verhuurder rekening moet houden bij het *beperken* van zijn onderhoudsplicht.<sup>48</sup> Een dergelijke grens is bijvoorbeeld te vinden in artikel 7:209 BW, waaruit volgt dat niet mag worden afgeweken van de besproken artikelen voor zover het gaat om gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de overeenkomst kende of behoorde te kennen. Over de vraag in hoeverre de onderhoudsplicht contractueel kan worden *uitgebreid*, wordt weinig geschreven. Bij ‘gewone’ huurcontracten zal deze vraag zich in de praktijk niet snel voordoen; weinig verhuurders zullen happig zijn op het ‘vrijwillig’ uitbreiden van hun verplichtingen. Bij product as a service-contracten speelt deze kant van het verhaal daarentegen wel een rol: het verlenen van een vergaande service is immers een essentieel onderdeel van dit verdienmodel (vgl. par. 2).

In het licht van de kwalificatie van de overeenkomst is het de vraag wanneer het service-element ‘voldoende’ verplichtingen op de verhuurder legt om als overeenkomst van opdracht te kwalificeren. Mijns inziens kan als uitgangspunt bij de volgende stelregel aansluiting worden gezocht. Wanneer de serviceverplichtingen die de aanbieder op zich neemt de onderhoudsverplichting die op grond van artikel 7:206 jo. 7:204 BW op hem rust niet te buiten gaan, is uitsluitend sprake van een huurovereenkomst. Indien partijen daarentegen gebruiken van hun contractsvrijheid om de serviceverplichtingen van de verhuurder verder uit te breiden, is (naast huur) sprake van een overeenkomst van opdracht. Het doorvoeren van dit onderscheid als stelregel sluit aan bij de wettelijke regeling van de huurovereenkomst. Het is niet te verenigen met het systeem van de wet – in het bijzonder met het daarin

gemaakte onderscheid tussen de verschillende benoemde overeenkomsten – om een huurovereenkomst waarin de verhuurder (expliciet) onderhoudsverplichtingen op zich neemt die op grond van de wet ook al op hem zouden rusten, tevens als overeenkomst van opdracht aan te merken. In dat geval zou iedere huurovereenkomst waarin partijen niet van de wettelijke regeling afwijken ook een overeenkomst van opdracht behelzen, waarmee partijen zich vervolgens (hoogstwaarschijnlijk onbedoeld) de problematiek van de gemengde overeenkomst op de hals halen (vgl. par. 3.3). Wanneer partijen de onderhoudsplicht van de verhuurder contractueel verder uitbreiden – hetgeen met het oog op het regelend recht-karakter van artikel 7:204 BW mogelijk is – komt de overeenkomst van opdracht wel in beeld. In een dergelijk geval gaat het hierboven uiteengezette wetssystematische argument niet op.

Samengevat is naar mijn mening sprake van een overeenkomst van opdracht als de serviceverplichtingen van de aanbieder niet onder de wettelijke onderhoudsplicht van de verhuurder vallen. Wanneer dit precies het geval is, is niet in abstracto aan te geven. Men kan denken aan de situatie waarin de aanbieder een heel gedetailleerd onderhoudschema aanbiedt op basis waarvan hij regelmatig periodieke controles en bijbehorend (intensief) preventief onderhoud uitvoert, of als de aanbieder bepaalde schoonmaak- of reinigingsverplichtingen op zich neemt. Zo kan bijvoorbeeld de aanbieder van keukenapparatuur deze regelmatig komen reinigen. Concluderend moeten de serviceverplichtingen in ieder geval verder strekken dan de verplichting ervoor te zorgen dat het product voldoet aan wat in het algemeen mag worden verwacht van een goed onderhouden zaak van de soort waar het om gaat (art. 7:204 lid 2 BW).

In de literatuur wordt weinig tot geen aandacht besteed aan de mogelijkheid om het service-element van een product as a service-overeenkomst bij artikel 7:206 jo. 7:204 BW onder te brengen; er lijkt al gauw te worden aangenomen dat sprake is van een gemengde overeenkomst.<sup>49</sup> Met het oog op het bovenstaande is dit echter wel een relevante overweging. Indien de serviceverplichtingen onder artikel 7:206 jo. 7:204 BW vallen, is geen sprake van een overeenkomst van opdracht. Dit brengt mee dat de regeling van opdracht – en daarmee bijvoorbeeld de dwingendrechtelijke opzegbevoegdheid van artikel 7:408 lid 1 BW (vgl. par. 4.2) – per definitie niet van toepassing is.<sup>50</sup> Het contract wordt in dat geval uitsluitend beheerst door de eerste vier afdelingen van Titel 7.4 BW.

44 Huydecoper, in: *Groene Serie Huurrecht*, art. 7:204 BW, aant. 12.

45 Uit de bewoordingen van het artikel (“een huurder” en “een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft”) blijkt dat sprake is van een geobjectiveerde maatstaf, vgl. Huydecoper, in: *Groene Serie Huurrecht*, art. 7:204 BW, aant. 8.

46 Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/29.

47 Tuinman, in: *T&C BW*, art. 7:204 BW.

48 Zie bijvoorbeeld: H.J. Rossel, *Huurrecht Algemeen (Recht & Praktijk nr. VG4)*, Deventer: Kluwer 2013, par. 4.4.7; A.M. Kloosterman, H.J. Rossel & M.H. Rozeboom, *Hoofdlijnen in het huurrecht. Met vragen en antwoorden*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 3.3.2; Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/43; Huydecoper, in: *Groene Serie Huurrecht*, art. 7:204 BW, aant. 26.

49 Zie bijvoorbeeld: C.M.D.S. Pavillon, *Onderzoeksstudie rondom consumentenrecht en ecologische duurzaamheid*, Groningen: RUG Groningen 2020, par. 2.2.3; R. Koolhoven, ‘Bescherming tegen ‘overkreditering’ bij huur en lease van producten als diensten (PAAS)’, *WPNR* 2021/7345, vn. 64; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/70d.

50 In par. 4.2 zal ik betogen dat deze opzegbevoegdheid ook niet van toepassing is als het contract wel als overeenkomst van opdracht (en daarmee – samen met de huurovereenkomst – als gemengde overeenkomst) wordt aangemerkt.

In paragraaf 3.3 ga ik nader in op de situatie waarin de product as a service-overeenkomst zowel een huurovereenkomst als een overeenkomst van opdracht behelst. Voor ik hieraan toekom, bespreek ik twee subonderwerpen ten aanzien van de (kwalificatie van het product as a service-contract als) overeenkomst van opdracht: de kwalificatie van abonnementen (par. 3.2.2) en de afbakening van opdracht tegenover aanneming van werk (par. 3.2.3).

### 3.2.2 Abonnementen

Allereerst zien we dat in de praktijk het product as a service-concept ook in de vorm van een 'abonnement' kan worden gegoten.<sup>51</sup> Onduidelijk is of een abonnement als overeenkomst van opdracht gekwalificeerd dient te worden, of dat sprake is van een zogenoemde onbenoemde overeenkomst. Dit kan bovendien van geval tot geval – afhankelijk van de precieze inhoud van de afspraken omtrent het abonnement – verschillen. Voordat ik inga op het 'product as a service-abonnement', bespreek ik ter vergelijking twee andere typen abonnementen waaraan in de literatuur – in meer of mindere mate – aandacht is geschonken.

Ten aanzien van een sportschoolabonnement komen Snel en Braspenning tot de conclusie dat sprake is van een onbenoemde overeenkomst – en dus niet van een overeenkomst van opdracht.<sup>52</sup> Hun voornaamste argument hiervoor is dat een sportschoolabonnement niet goed 'past' binnen het heersende beeld van opdracht, nu de instructiebevoegdheid van de opdrachtgever (de abonnementshouder) beperkt of zelfs afwezig is (art. 7:402 BW).

Een telefoonabonnement kan volgens Mout-Vos en Bruggeman wel als overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW (of als dienstverlening in de zin van artikel 6:230a BW) gekwalificeerd worden.<sup>53</sup> Zij verwijzen hierbij naar de uiteenzetting van Houben in de Asser-serie over overeenkomsten tot het leveren van telecommunicatiediensten, waaruit blijkt dat "(...) de vraag of een overeenkomst met een aanbieder van een telecommunicatiedienst een overeenkomst van opdracht is (...) in overwegende mate bevestigend [wordt] beantwoord".<sup>54</sup> Hoewel de regeling omtrent de overeenkomst van opdracht een 'individueel vormgegeven dienst' als uitgangspunt heeft, betekent dit niet automatisch dat een 'collectieve pakketdienst' niet als overeenkomst van opdracht kan worden gekwalificeerd.

Ten aanzien van het 'product as a service-abonnement' ben ik van mening dat het service-element onder de overeenkomst van opdracht valt. Overigens is daarnaast uiteraard sprake van een huurovereenkomst, aangezien de aanbieder de afnemer tegen vergoeding een zaak in gebruik geeft.

Ook al noemen partijen het in dat geval een abonnement, de inhoud van de afspraken komt op hetzelfde neer: de aanbieder verschaft het gebruik van het product en verbindt zich anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten. Wel geldt ook hier de kanttekening die ik hierboven plaatste: er is alleen sprake van een overeenkomst van opdracht als de contractuele serviceverplichtingen van de aanbieder de verplichtingen die de artikelen 7:206 jo. 7:204 BW hem als verhuurder opleggen te boven gaan. Hoewel het argument van Snel en Braspenning ook hier opgaat – de instructiebevoegdheid van de afnemer is beperkt – acht ik dit argument op zichzelf onvoldoende om de conclusie te kunnen dragen dat geen sprake is van een overeenkomst van opdracht. De product as a service-overeenkomst voldoet immers – mits sprake is van 'voldoende' service – aan de kwalificatievoorwaarden van artikel 7:400 BW. De instructiebevoegdheid die artikel 7:402 lid 1 BW de opdrachtgever toekent, is als zodanig geen kwalificatievoorwaarde. Daar komt nog bij dat deze instructiebevoegdheid van regeland recht is (vgl. par. 4.3). Partijen kunnen in alle gevallen de instructiebevoegdheid van de opdrachtgever uitsluiten, zonder dat dit afdoet aan de kwalificatie van de overeenkomst als overeenkomst van opdracht.

### 3.2.3 Afbakening opdracht tegenover aanneming van werk

De overeenkomst van opdracht hangt nauw samen met de overeenkomst tot aanneming van werk, waarbij een werk van stoffelijke aard tot stand wordt gebracht en opgeleverd (art. 7:750 BW).<sup>55</sup> De overeenkomsten die onder deze omschrijving vallen, worden automatisch uitgesloten van de werkingssfeer van de regeling van opdracht, nu artikel 7:400 BW uitdrukkelijk zegt dat het moet gaan om werkzaamheden die in iets *anders* bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard.

Voor de volledigheid merk ik op dat het product as a service-contract geen overeenkomst van aanneming van werk is. Zoals Van Gulijk terecht stelt, is het "voorbijgaande karakter van de aannemingsovereenkomst" problematisch in het licht van het product as a service-model.<sup>56</sup> De aannemer is verplicht tot oplevering, oftewel tot het – na voltooiing – ter beschikking stellen van het werk aan de opdrachtgever.<sup>57</sup> Op het moment dat het werk is opgeleverd en de te betalen prijs in geld is betaald, eindigt de overeenkomst van aanneming van werk.<sup>58</sup> Een product as a service-contract blijft daarentegen gedurende de contractstermijn doorlopen, nu

51 Vergelijk bijvoorbeeld het 'Bundles-abonnement' op witgoed of koffie-apparaat: [bundles.nl/hoe-het-werkt](https://bundles.nl/hoe-het-werkt).

52 M.V.R. Snel & J.J.A. Braspenning, 'Juridische aspecten van sportschoolabonnementen', *ORP* 2022/146, par. 2.

53 E.L.M. Mout-Vos & E.M. Bruggeman, 'Het telefoonabonnement met de 'gratis' mobiele telefoon: kwalificatie en gevolgen', *TvC* 2015/5, vn. 20.

54 Asser/Houben 7-X 2019/259 en 7-X 2019/260.

55 Verschillende auteurs betogen dat de overeenkomst van aanneming als species van de overeenkomst van opdracht geregeld had moeten worden, zie – met verdere verwijzingen – Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/26.

56 Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, par. 4.1.

57 *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, nr. 3, p. 17.

58 In dat geval zijn *alle* verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien door nakoming tenietgegaan, waardoor ook de overeenkomst zelf eindigt, vgl: Asser/Sieburgh 6-I 2020/44.

het gaat om een duurovereenkomst waarbij partijen steeds opnieuw over en weer prestaties moeten verrichten.<sup>59</sup>

### 3.3 Gemengde overeenkomst

In deze paragraaf ga ik in op de vraag of sprake is van een gemengde overeenkomst in de zin van artikel 6:215 BW in het geval dat een product as a service-contract zowel een huurovereenkomst als een overeenkomst van opdracht is. Ik zet de gemengde overeenkomst eerst af tegen de figuur van samenhangende overeenkomsten (par. 3.3.1), en vervolgens tegen de overeenkomst met absorptie van een ondergeschikt element (par. 3.3.2).

#### 3.3.1 Gemengd versus samenhangend

De belangrijkste te beantwoorden vraag is of sprake is van één gemengde overeenkomst of van twee (samenhangende) overeenkomsten. In het eerste geval moet aan de hand van artikel 6:215 BW worden bepaald welke wettelijke bepalingen van toepassing zijn,<sup>60</sup> terwijl in het tweede geval het 'huur-deel' door het huurrecht wordt geregeld en het 'opdracht-deel' door de bepalingen omtrent de overeenkomst van opdracht.

In de literatuur is opgemerkt dat het niet altijd eenvoudig is om vast te stellen of er sprake is van één gemengde overeenkomst of van meerdere overeenkomsten die op hetzelfde moment zijn gesloten en met elkaar verband houden.<sup>61</sup> Wel staat vast dat het onderscheid tussen een gemengde overeenkomst en een gestapelde of gekoppelde overeenkomst moet worden gemaakt aan de hand van het 'splitsbaarheids criterium': kan de rechtsverhouding tussen partijen worden gesplitst in twee afzonderlijke overeenkomsten?<sup>62</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt duidelijk dat geen sprake is van een gemengde overeenkomst:

"(...) 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."<sup>63</sup>

Of een overeenkomst bestaat uit verschillende, van elkaar te onderscheiden, benoemde overeenkomsten of "*als één onlosmakelijk geheel moet worden opgevat*" is een kwestie van uitleg. Zoals (onder meer) Bakker stelt, komt het daarbij aldus:

"(...) aan op de redelijke verwachtingen van partijen en de omstandigheden van het geval: hoe mochten partijen in de gegeven omstandigheden het overeengekomene (op dit punt) in redelijkheid begrijpen en opvatten?"<sup>64</sup>

Het product as a service-contract is naar mijn mening niet op te splitsen in twee afzonderlijke overeenkomsten. Het gaat om één onlosmakelijk geheel. Zonder het verbintenisrechtelijk gebruiksrecht is het service-element duidelijk zinloos. Andersom is ook het service-element noodzakelijk, in het bijzonder in het licht van de circulariteitsgedachte die achter het product as a service-contract schuilgaat (vgl. par. 2).<sup>65</sup> Doordat de aanbieder het onderhoud van het product op zich neemt, heeft hij meer invloed op de staat waarin hij het product aan het eind van de gebruikstermijn terugkrijgt - en daarmee op de mogelijkheden tot hergebruik (van onderdelen). Goed onderhouden producten gaan immers over het algemeen langer mee. Bovendien wordt door de aanvullende serviceverplichtingen zoveel mogelijk waarde behouden, hetgeen een belangrijk element in de circulaire economie vormt. Mede om die reden zal de aanbieder niet willen dat de afnemer het onderhoud zomaar aan een derde partij kan uitbesteden (of al dan niet zelf uitvoert). Hoewel het lastig is om in abstracto iets te zeggen over de uitleg van product as a service-overeenkomsten - bij uitleg moet immers gekeken worden naar de concrete afspraken, omstandigheden en partijbedoeling - is de kern van de product as a service-contracten die in deze bijdrage centraal staan (vgl. par. 2.2) uiteindelijk gelegen in het bereiken van circulariteitsdoelen. Over het algemeen zal uitleg van een product as a service-overeenkomst met het oog op deze circulaire achtergrond dan ook tot de conclusie leiden dat sprake is van één gemengde overeenkomst. De huurovereenkomst en de overeenkomst van opdracht hangen dusdanig nauw met elkaar samen dat de een niet zonder de ander kan bestaan. Deze opvatting vindt ook bevestiging in de bestaande literatuur.<sup>66</sup>

#### 3.3.2 Gemengd versus absorptie

Als tweede kan de vraag worden gesteld of sprake is van een overeenkomst met absorptie van een ondergeschikt element.<sup>67</sup> Ook in dat geval komt men niet toe aan artikel 6:215 BW. Een overeenkomst met absorptie van een ondergeschikt element is een overeenkomst waarbij "(...) een

59 Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, par. 4.1, met verwijzing naar: Asser/Sieburgh 6-III 2018/89.

60 Zie hierover par. 4.1.

61 Asser/Houben 7-X 2019/15. Zie bijvoorbeeld ook: S. van Dongen, 'Annotatie bij HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907', *JOR* 2012/201, nr. 8; E.L.M. Mout-Vos & E.M. Bruggeman, 'Het telefoonabonnement met de 'gratis' mobiele telefoon: kwalificatie en gevolgen', *TvC* 2015/5, par. 4.2 (volgens hen zijn de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Lindorff/Statia* (HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385) op dit punt 'tegenstrijdig' te noemen); S. van Dongen, *Groepen van contracten (Onderneming en recht nr. 95)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 389; Asser/Sieburgh 6-III 2022/67.

62 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, *NJ* 2017/336, r.o. 3.3.5.

63 Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 871, vn. 2.

64 P.S. Bakker, 'Samenloop bij gemengde overeenkomsten. Enige gedachten over de toepassing van art. 6:215 BW naar aanleiding van HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, RvdW 2017/342', *MvV* 2017/4, p. 140. Zie in dat kader ook: A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop* (Monografieën BW nr. A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 4, met verwijzing naar: HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830, *NJ* 2015/321, r.o. 3.3.2.

65 Overigens is ook bij contracten waarin de circulariteitsgedachte ontbreekt denkbaar dat de overeenkomst niet is op te splitsen in twee afzonderlijke overeenkomsten. In dat geval zal ook daar sprake zijn van één gemengde overeenkomst. Met het oog op de gekozen afbakening (vgl. par. 2.2), valt dit vraagstuk echter buiten het bereik van deze bijdrage.

66 Zie bijvoorbeeld: C.M.D.S. Pavillon, *Onderzoeksstudie rondom consumentenrecht en ecologische duurzaamheid*, Groningen: RUG Groningen 2020, par. 2.2.3; R. Koolhoven, 'Bescherming tegen 'overkreditering' bij huur en lease van producten als diensten (PAAS)', *WPNR* 2021/7345, vn. 64; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/70d.

67 Asser/Houben 7-X 2019/16.



bepaald contractstype domineert en een aan een ander contractstype ontleend element daaraan ondergeschikt is”.<sup>68</sup> Of hiervan sprake is, moet (weer) door middel van uitleg van de overeenkomst worden bepaald.<sup>69</sup> Om te beoordelen of sprake is van een overeenkomst met absorptie van een ondergeschikt element hanteer ik de volgende maatstaf: is de overeenkomst als geheel in essentie gericht op (de prestaties die horen bij) één type contract en zijn alle verdere afspraken aan dat doel ondergeschikt?<sup>70</sup>

Bij het product as a service-contract ligt het meest voor de hand dat – als al sprake is van absorptie – de huurovereenkomst het service-element absorbeert. De overeenkomst is immers in essentie gericht op het in gebruik geven van het product aan de afnemer (vgl. par. 2). Het gaat mijns inziens echter te ver om te stellen dat alle andere afspraken aan dit doel ondergeschikt zijn. Zoals ik hierboven betoogde, heeft het service-element – naast het ‘ontzorgen’ van de afnemer – juist ook ten doel de aanbieder ervan te verzekeren dat hij het product in goede staat terugkrijgt. Op die manier kan hij immers (onderdelen van) het product zo optimaal mogelijk hergebruiken. Specifiek met het oog op circulariteit komt daar nog bij dat op deze manier zoveel mogelijk waarde blijft behouden. De afspraken rondom de door de aanbieder te verlenen service, zijn aldus niet (uitsluitend) ondergeschikt aan het verlenen van gebruiksgenot aan de afnemer. Zij dienen ook een zelfstandig doel, namelijk het bereiken van circulariteit.

Kortom: product as a service-contracten die zowel als huurovereenkomst als overeenkomst van opdracht kwalificeren, zijn (in het algemeen) gemengde overeenkomsten in de zin van artikel 6:215 BW. De gevolgen hiervan bespreek ik in de volgende paragraaf.

#### 4. Gevolgen kwalificatie als gemengde overeenkomst

Wanneer het contract (uitsluitend) gekwalificeerd wordt als huurovereenkomst, zijn de gevolgen overzichtelijk: de artikelen 7:201 t/m 7:231 BW zijn van toepassing. In tegenstelling tot de afdeling over huur van woonruimte (art. 7:232 e.v. BW) en die van huur van bedrijfsruimte (art. 7:290 e.v. BW), bevat dit algemene deel van het huurrecht grotendeels regelend recht.<sup>71</sup> Wanneer sprake is van een gemengde overeenkomst is de situatie ingewikkelder. In dat geval moet aan de hand van artikel 6:215 BW bepaald worden of een bepaalde regeling al dan niet van toepassing is.

In deze paragraaf sta ik stil bij de gevolgen wanneer het product as a service-contract als gemengde overeenkomst wordt gekwalificeerd. Concreet bespreek ik (de toepasselijkheid van) drie regelingen: de dwingendrechtelijke

opzegbevoegdheid van de consument-opdrachtgever (par. 4.2); de niet-dwingendrechtelijke instructiebevoegdheid van de opdrachtgever (par. 4.3) en de niet-dwingendrechtelijke ‘koop breekt geen huur’-regeling (par. 4.4). Voor ik aan deze concrete regelingen toekom, schets ik eerst in het algemeen de inhoud en gevolgen van artikel 6:215 BW (par. 4.1).

##### 4.1 Artikel 6:215 BW

Wanneer het product as a service-contract kwalificeert als een gemengde overeenkomst, brengt artikel 6:215 BW mee dat in beginsel de bepalingen voor zowel de huurovereenkomst als de overeenkomst van opdracht van toepassing zijn: de zogeheten cumulatief- of combinatieleer. Zo moet bijvoorbeeld de aanbieder de zorgplicht van een ‘goed opdrachtnemer’ in acht nemen (art. 7:401 BW) en moet de afnemer zich als ‘goed huurder’ gedragen (art. 7:213 BW). Wanneer de bepalingen niet met elkaar verenigbaar zijn, moet door middel van uitleg van de overeenkomst worden beoordeeld welke bepaling prevaleert.<sup>72</sup> Dit kan ertoe leiden dat bepalingen van dwingend recht buiten toepassing blijven.<sup>73</sup> Ook wanneer de strekking van een bepaling in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet, is het mogelijk dat dwingend recht buiten toepassing dient te blijven.<sup>74</sup>

Van belang is wel om te beseffen dat de algemene regeling van huur en de regeling van opdracht beide veel regelend recht bevatten. Wanneer partijen ten aanzien van een onderwerp dat van regelend recht is in de overeenkomst een duidelijke afspraak hebben gemaakt, wordt niet toegekomen aan een afweging tussen beide regelingen.<sup>75</sup> Wanneer partijen ten aanzien van een dergelijk onderwerp geen voorziening hebben opgenomen, is artikel 6:215 BW daarentegen weer wel van belang. Ik zal in het hiernavolgende steeds expliciteren of sprake is van een bepaling van regelend of dwingend recht.

##### 4.2 Opzegging van de overeenkomst

Artikel 7:228 BW bepaalt dat een *huurovereenkomst* eindigt door het verstrijken van de termijn waarvoor de overeenkomst is aangegaan (wanneer het gaat om een overeenkomst voor bepaalde tijd, lid 1) of door opzegging (wanneer het gaat om een overeenkomst voor onbepaalde tijd, lid 2). Dit artikel is van regelend recht. Op grond van artikel 7:408 lid 1 BW geldt voor de *overeenkomst van opdracht* dat de opdrachtgever te allen tijde de overeenkomst kan opzeggen. Artikel 7:413 lid 2 BW bepaalt dat van deze bepaling niet

68 Asser/Sieburgh 6-III 2022/67.

69 Asser/Houben 7-X 2019/16.

70 Deze maatstaf heb ik gebaseerd op: HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2512, NJ 1998/706, m.nt. J. Hijma, r.o. 3.4.3.

71 Zie voor enkele bepalingen van (semi-)dwingend recht artt. 7:206 lid 3, 7:209, 7:215 lid 6, 7:230a lid 9 en 7:231 lid 3 BW.

72 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, NJ 2017/336, m.nt. A.L.M. Keirse, r.o. 3.3.2.

73 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, NJ 2017/336, m.nt. A.L.M. Keirse, r.o. 3.3.2, met verwijzing naar: Van Zeven, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 871 (T.M.).

74 In de parlementaire geschiedenis wordt wel opgemerkt dat het “zelden zal voorkomen” dat bepalingen van dwingend recht niet worden toegepast, zie: Van Zeven, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 871 (T.M.).

75 Specifiek in het licht van de huurovereenkomst is in de parlementaire geschiedenis dan ook opgemerkt dat de regeling van art. 6:215 BW met name van belang is voor regels van dwingend recht, zie: *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, nr. 3, p. 8.

kan worden afgeweken ten nadele van een opdrachtgever die een natuurlijk persoon is en niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Wanneer de afnemer een consument is, biedt dit artikel hem dus een dwingendrechtelijke opzegbevoegdheid.

Als deze dwingendrechtelijke opzegbevoegdheid van toepassing is op product as a service-contracten, betekent dit dat een consument-afnemer (als opdrachtgever) “te allen tijde” de overeenkomst kan opzeggen. In literatuur en rechtspraak is opgemerkt dat de regelingen omtrent de opzegging van huurovereenkomsten en overeenkomsten van opdracht moeilijk met elkaar te verenigen zijn.<sup>76</sup> In deze gevallen gaat het echter vrijwel altijd over overeenkomsten met betrekking tot woonruimte of bedrijfsruimte. Het is dan de vraag of bepalingen die de huurder beogen te beschermen op de gemengde overeenkomst van toepassing zijn. In het geval van product as a service-contracten gaat het daarentegen juist om de toepasselijkheid van een bepaling uit de regeling van opdracht. In tegenstelling tot de algemene huurregeling wordt bij opdracht immers een van beide partijen een dwingendrechtelijke opzegbevoegdheid toegekend. Desalniettemin kan bij de gehanteerde wijze van redeneren worden aangesloten. In genoemde gevallen (waarin huur van bedrijfsruimte of woning met opdracht wordt gecombineerd) kijkt de rechter welk element centraal staat en/of overheerst: het huur-element of het opdracht-element?<sup>77</sup> Volgens Schelhaas moet een bepaald element – om dwingendrechtelijke beschermingsbepalingen opzij te kunnen zetten – zelfs *duidelijk* overheersen.<sup>78</sup> In het geval van product as a service-contracten overheerst mijns inziens het huur-element. De directe aanleiding voor het sluiten van de overeenkomst ligt immers in de omstandigheid dat de afnemer het product wil gebruiken. Het huur-element kan daarom naar mijn mening op deze grond de dwingendrechtelijke opzegbevoegdheid uit de regeling van opdracht opzijzetten.

Daarnaast verzet de strekking van artikel 7:408 BW zich in het product as a service-geval tegen toepassing van die bepaling. Uit de parlementaire geschiedenis zijn (in ieder geval) twee argumenten op te maken waarom toepassing van deze dwingendrechtelijke opzegmogelijkheid in het product as a service-geval de ratio van de regel te buiten gaat.<sup>79</sup> Allereerst wordt in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat de ontworpen regeling “(...) *in belangrijke mate het*

*resultaat [is] van een vergelijking van de overeenkomst van opdracht met de arbeidsovereenkomst*”.<sup>80</sup> De arbeidsovereenkomst kon destijds te allen tijde worden beëindigd,<sup>81</sup> en het oorspronkelijke ontwerp voor de overeenkomst van opdracht sloot bij deze regeling aan.<sup>82</sup> Deze vergelijking met de arbeidsovereenkomst gaat in het product as a service-geval echter niet (of, in ieder geval, minder) op, aangezien het gaat om een atypische overeenkomst van opdracht waarin de opdrachtnemer degene is die onder meer de voorwaarden bepaalt. Een arbeidsrelatie is hierin niet tot nauwelijks te herkennen. Ten tweede wordt in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat een schuldeiser niet verplicht is een prestatie waarop hij recht heeft in ontvangst te nemen, terwijl de schuldenaar daarvan niet slechter (maar ook niet per se beter) wordt.<sup>83</sup> De opdrachtgever kan dus als het ware zijn opdracht ‘intrekken’ op voorwaarde dat de opdrachtnemer daardoor niet in een slechtere positie komt. De vraag die beantwoord moet worden, is of deze redenering in het product as a service-geval opgaat: komt de aanbieder door de opzegging niet in een slechtere positie te verkeren?

Artikel 7:411 BW bepaalt dat een opdrachtnemer in geval van voortijdige beëindiging een redelijk deel van zijn loon krijgt. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de aanbieder niet in een slechtere positie komt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat dit artikel niet geldt voor duurovereenkomsten waarbij de honorering periodiek plaatsvindt.<sup>84</sup> Het product as a service-contract valt onder deze uitzondering. Er is immers sprake van een duurovereenkomst en de aanbieder van het product ontvangt periodieke vergoedingen. De conclusie kan vervolgens niet anders luiden dan dat de aanbieder door voortijdige opzegging wel degelijk slechter wordt. Hij loopt immers toekomstige periodieke vergoedingen mis. Weliswaar hoeft hij zelf ook niet meer te presteren, maar in het product as a service-verdienmodel wordt de winst als het ware uitgesmeerd over de gehele termijn: per periode wordt een ‘stukje’ van de totaal beoogde winst gerealiseerd – en wordt bovendien een ‘stukje’ van de initiële investering terugverdiend. De aanbieder krijgt natuurlijk wel het product terug en kan dit vervolgens (mogelijk) aan een derde in gebruik geven, maar het feit dat hij het risico loopt dat dit niet (direct) lukt, brengt hem hoe dan ook in een mindere positie ten opzichte van de situatie waarin het contract niet is opgezegd. Bovendien zal hij

76 Zie bijvoorbeeld: HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, NJ 2017/336, m.nt. A.L.M. Keirse, r.o. 3.3.5; Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMN:2017:6219, r.o. 4.14 en K.J.M. Corten & C.J.A. Kokol, ‘Een huurovereenkomst en een overeenkomst van opdracht, een ‘match made in heaven’?’, *TvHB* 2022/5, par. 5.1.

77 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5289, r.o. 4.9; HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, NJ 2017/336, m.nt. A.L.M. Keirse 2017, r.o. 3.3.5; Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMN:2017:6219, r.o. 4.16 en Hof Den Bosch 12 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1182, *JHV* 2022/6, m.nt. K. Gobbens, r.o. 3.5.8.

78 E.H.H. Schelhaas, ‘Hoe om te gaan met gemengde overeenkomsten na Hoge Raad 10 maart 2017? Is alles Haviltex?’, *ORP* 2017/235.

79 Reehuis, Slob & Van Zeven, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991*, p. 361-370.

80 Reehuis, Slob & Van Zeven, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991*, p. 362-365 (T.M.). Verderop in de parlementaire geschiedenis wordt wel opgemerkt dat de band met de arbeidsovereenkomst uiteindelijk losser is geworden, zie: Reehuis, Slob & Van Zeven, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991*, p. 365-368 (MvT).

81 Inmiddels bepaalt art. 7:667 lid 3 BW uitdrukkelijk dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen tussentijds kan worden opgezegd als dat schriftelijk is overeengekomen.

82 In het oorspronkelijke ontwerp was dwingendrechtelijk opgenomen dat iedere partij te allen tijde de overeenkomst kon opzeggen, zie: Reehuis, Slob & Van Zeven, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991*, p. 361 (O.M.). Later is dit beperkt tot de opdrachtgever die een natuurlijk persoon is en niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf.

83 Reehuis, Slob & Van Zeven, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991*, p. 365-368 (MvT).

84 Reehuis, Slob & Van Zeven, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991*, p. 377-378 (MvT).

geconfronteerd worden met bepaalde transactiekosten. De strekking van artikel 7:408 BW sluit aldus niet aan bij het product as a service-geval.

Concluderend is de dwingendrechtelijke opzegbevoegdheid van de consument-afnemer (die hem als opdrachtgever toekomt) naar mijn mening niet van toepassing in het product as a service-geval: het huur-element is overheersend en bovendien staat de strekking van het artikel aan toepassing in de weg.

#### 4.3 Instructiebevoegdheid afnemer

Artikel 7:402 BW kwam in paragraaf 3.2 al aan bod: de instructiebevoegdheid van de opdrachtgever. De opdrachtnemer moet de door de opdrachtgever verleende aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht opvolgen. In het product as a service-geval betekent dit dat de afnemer (als opdrachtgever) de aanbieder instructies kan geven over hoe hij zijn 'opdracht' moet uitvoeren. In de Asser-serie en het artikelsgewijs commentaar bij artikel 7:402 BW komen verschillende voorbeelden naar voren van instructies die onder dit artikel vallen, bijvoorbeeld: de instructie aan de advocaat om wel of geen hoger beroep in te stellen; de instructie aan de verhuizer om een bepaald meubelstuk al dan niet extra in te pakken; de instructie aan de kapper hoe het kapsel eruit moet komen te zien en de instructie aan de vermogensbeheerder hoe het vermogen belegd dient te worden.<sup>85</sup> In paragraaf 3.2 werd duidelijk dat de instructiebevoegdheid zich slecht verhoudt tot het product as a service-model. De aanbieder van het product wil geen aanwijzingen van de afnemer – bijvoorbeeld ten aanzien van het te verrichten onderhoud – opvolgen; hij bepaalt (onder meer in zijn algemene voorwaarden) zelf op welke wijze hij zijn diensten verleent.

Van belang is om op te merken dat de omvang en inhoud van de instructiebevoegdheid in het concrete geval afhangen van de inhoud en de aard van de overeenkomst. In de Toelichting Meijers wordt in dit kader uitdrukkelijk opgemerkt dat "(...) de aard van de opgedragen verrichtingen of de overeenkomst van partijen kunnen medebrengen dat binnen het kader van de opdracht geen nadere aanwijzingen mogen worden gegeven".<sup>86</sup> Gelet op de inhoud en aard van de product as a service-overeenkomst zal de instructiebevoegdheid van de afnemer mijns inziens beperkt zijn. Stel dat een gedetailleerd onderhoudsschema onderdeel van de overeenkomst is. Een dergelijke afspraak over het uit te voeren onderhoud beperkt automatisch de instructiebevoegdheid van de afnemer: hij kan niet 'zomaar' buiten het schema om onderhoud eisen. Aangezien artikel 7:402 BW van regeling recht is, kan de aanbieder bovendien (voor de zekerheid) de

instructiebevoegdheid in de overeenkomst of in zijn algemene voorwaarden wegschrijven.

#### 4.4 Koop breekt geen huur

In artikel 7:226 BW is het bekende adagium 'koop breekt geen huur' vastgelegd.<sup>87</sup> Als de verhuurder de verhuurde zaak overdraagt, gaan zijn rechten en plichten uit de huur-overeenkomst over op de verkrijger. Het derde lid beperkt de overgang van de rechten en plichten tot de bedingen die onmiddellijk verband houden met het gebruik van de zaak tegen een te betalen tegenprestatie – zogenoemde kernbedingen.<sup>88</sup> Op die regel is in de literatuur wel kritiek geleverd. Zo meent Abas dat alle bedingen zouden moeten overgaan naar de verkrijger, met uitzondering van de hoogstpersoonlijke bedingen.<sup>89</sup> De Waard acht de kritiek op het derde lid van artikel 7:226 BW in die zin terecht dat door deze bepaling een (onwenselijk) grote hoeveelheid rechtspraak is ontstaan over wat wel en wat niet kwalificeert als kernbeding.<sup>90</sup> Otte<sup>91</sup> en Rooseboom<sup>92</sup> wijzen nog op het feit dat nakoming van een bij de oorspronkelijke verhuurder achtergebleven verplichting vaak niet mogelijk is.<sup>93</sup> Ondanks deze kritiek, staat buiten kijf dat alleen kernbedingen overgaan naar de verkrijger. Zoals De Waard signaleert, is het antwoord op de vraag wat een kernbeding is daarentegen een stuk minder duidelijk.<sup>94</sup>

De regeling omtrent opdracht kent niet een aan artikel 7:226 BW soortgelijke regel. Corten en Kokol merken bovendien op dat de rechtspraak "(...) geen aanknopingspunten [biedt] voor een analogische toepassing van art. 7:226 BW op een overeenkomst van opdracht".<sup>95</sup> Het is dan ook de vraag of aan gemengde product as a service-overeenkomsten een dergelijke mate van zaaksgevolg toekomt. Stel dat de aanbieder van het product as a service-model de eigendom van

85 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/103; Nijland, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:402 BW, aant. 1; Castermans & Krans, in: *T&C BW*, commentaar op art. 7:402 BW.

86 Reehuis, Slob & Van Zeben, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 323 (T.M.). Zie ook: *Kamerstukken I* 1992/93, 17779, nr. 95b, p. 2, waarin naar deze overweging wordt verwezen.

87 Hoewel deze uitdrukking juridisch onzuiver is (zie: T.W. de Waard, 'Praktijkvoorbeelden van problematiek rond art. 7:226 BW', *TvHB* 2016/5, p. 284), wordt zij vanwege de algemene bekendheid veel gebruikt, zie onder meer: G. van Rijssen, *Contractsoverneming (Recht & Praktijk, nr. 144)*, Deventer: Kluwer 2006, par. 11.2; H.J. Rossel, *Huurrecht Algemeen (Recht en Praktijk nr. VG4)*, Deventer: Kluwer 2011, par. 6; M. Huizingh, *Contractsoverneming (Onderneming & Recht nr. 97)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 2.6.1.3; C. Otte, 'Een praktische leidraad 'Koop breekt geen huur'', *TvHB* 2019/4, p. 273-280; A.M. Kloosterman, H.J. Rossel & M.H. Rozeboom, *Hoofdlijnen in het huurrecht. Met vragen en antwoorden*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 5.4; Jongbloed, in: *GS Huurrecht, art. 7:226 BW*; A. Wijnans & W.G. Greijskamp, 'Grondslagen voor overgang van huur-rechten en -verplichtingen in vastgoedtransacties', *TvHB* 2021/4, p. 252-263 en Tuinman, in: *T&C BW*, commentaar op art. 7:226 BW (actueel t/m 1 september 2021).

88 L.M. Rooseboom, 'Artikel 7:226 vs. 6:159 BW', *TvHB* 2014/4, p. 226-229 (p. 226).

89 Asser/Abas 5-IIA 2007/70. Van Rijssen is het met de kritiek van Abas eens en neemt daarbij het standpunt in dat art. 7:226 BW geen zuivere contractsovergang is, zie: Van Rijssen, *Contractsoverneming (R&P, nr. 144)* 2006/11.2.

90 De Waard, *TvHB* 2016/5, p. 288.

91 Rooseboom, *TvHB* 2014/4, p. 226.

92 Otte, *TvHB* 2019/4, p. 279.

93 De voor de hand liggende oplossing om dergelijke niet-kernbedingen toch te laten overgaan, is contractsoverneming in de zin van art. 6:159 BW. Daarvoor is dan wel medewerking van de huurder vereist.

94 Zie voor een overzicht van bedingen die wel of juist niet als kernbeding kwalificeren: Rossel, *Huurrecht Algemeen (R&P nr. VG4)* 2013/6.1.6.3.

95 Corten & Kokol, *TvHB* 2022/5, par. 5.2.

het product overdraagt aan een derde. Geldt dan artikel 7:226 BW, en zo ja: gaan ook de bepalingen die verband houden met het service-element over op de verkrijger?

Als uitgangspunt neem ik – met het oog op artikel 6:215 BW – aan dat artikel 7:226 BW geldt. Dit uitgangspunt vindt ook bevestiging in de parlementaire geschiedenis, waarin wordt opgemerkt dat artikel 7:226 BW van toepassing is ten aanzien van bepaalde leaseovereenkomsten, aangezien “[e]en andere opvatting (...) niet verenigbaar [is] met artikel 6:215”.<sup>96</sup> Blijkbaar zijn de leaseovereenkomsten waarnaar wordt verwezen gemengde overeenkomsten – waarom wordt anders artikel 6:215 BW genoemd? – en is daarop artikel 7:226 BW niettemin van toepassing. Uitsluitend wanneer de strekking van artikel 7:226 BW zich in verband met de aard van de product as a service-overeenkomst verzet tegen toepassing is dit anders. Ten aanzien van de strekking van artikel 7:226 BW wordt in de parlementaire geschiedenis duidelijk dat deze met name gelegen is in de behoefte aan continuïteit voor de huurder:

“Het enkele feit dat de verhuurder zijn bevoegdheden ten aanzien van de verhuurde zaak op een ander doet overgaan, behoort de continuïteit waarop de huurder krachtens de huurovereenkomst aanspraak kan maken niet aan te tasten.”<sup>97</sup>

Deze strekking verzet zich mijns inziens niet tegen toepassing van artikel 7:226 BW op de gemengde product as a service-overeenkomst. Integendeel: de strekking is juist geheel in lijn met de product as a service-situatie. Ook in dat geval heeft de afnemer immers behoefte aan continuïteit. Het zou voor hem bijzonder nadelig zijn als de aanbieder ‘zomaar’ het product kan overdragen aan een derde, waarna die derde het product – bijvoorbeeld het meubilair – komt ophalen.

Nu vaststaat dat artikel 7:226 BW van toepassing is, resteert de vraag of *alle* bedingen van de product as a service-overeenkomst overgaan op de verkrijger. Hierboven noemde ik al dat uitsluitend zogenoemde kernbedingen mee overgaan. Mijns inziens zullen ook de bepalingen ten aanzien van het service-element op de verkrijger overgaan, aangezien zij onmiddellijk verband houden met het gebruik van de zaak tegen het betalen van een tegenprestatie. Een belangrijk element daarbij is het feit dat in de door de afnemer te betalen tegenprestatie een vergoeding voor het service-element zal zijn inbegrepen. Dit is relevant, aangezien de Hoge Raad ten aanzien van een koopoptie oordeelde dat als de periodieke vergoeding naast een gebruiksvergoeding ook een vergoeding voor de uiteindelijke verkrijging omvat, sprake is van een onmiddellijk verband.<sup>98</sup> Bovendien gaan in geval

van een ‘gewone’ huurovereenkomst de bepalingen ten aanzien van het onderhoud mee over op de verkrijger.<sup>99</sup> Indien de servicebepalingen niet zouden overgaan op de verkrijger, zou een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de onderhoudsverplichting die op de verhuurder rust (en mee overgaat naar de verkrijger) en de aanvullende serviceverplichtingen die maken dat sprake is van een overeenkomst van opdracht (en bij de oorspronkelijke aanbieder achterblijven). Vervolgens moet ook de tegenprestatie van de afnemer over deze twee componenten worden verdeeld. Dit zou tot een ingewikkelde en verwarrende situatie leiden.

Steun voor bovenstaande opvatting kan tot slot worden gevonden in een bijdrage van Van der Marel, waarin hij ingaat op de ‘hybride hotelhuurovereenkomst’. Deze overeenkomst bestaat (evenals het gemengde product as a service-contract) uit zowel een huurovereenkomst als een overeenkomst van opdracht. Ten aanzien van artikel 7:226 BW komt Van der Marel tot de conclusie dat het ‘opdrachtdeel’ ook onder artikel 7:226 BW valt en mee overgaat op de rechtsovervolger van de verhuurder.<sup>100</sup> Daarvoor acht hij onder meer van belang dat de verhuurder de huurovereenkomst zonder de elementen van opdracht niet (onder dezelfde voorwaarden) zou hebben gesloten. In het product as a service-geval zou de aanbieder de overeenkomst evenmin zonder het service-element hebben gesloten: dat element is immers in het licht van het circulariteitsidee essentieel (vgl. par. 2 en 3.3).

Concluderend is artikel 7:226 BW naar mijn mening van toepassing op de gemengde product as a service-overeenkomst en gaan ook de servicebepalingen mee over op de verkrijger. Koppeling van de overeenkomst van opdracht (het service-element) aan een huurovereenkomst (het gebruikselement) leidt er aldus toe dat de overeenkomst van opdracht een zekere mate van goederenrechtelijke werking krijgt die deze op grond van (analoge toepassing van) de wet niet kent. Van belang is wel om op te merken dat het – ook hier – gaat om regelend recht. Partijen kunnen dus zelf een andere regeling treffen. Ze kunnen bijvoorbeeld uitdrukkelijk de toepassing van artikel 7:226 BW uitsluiten, of juist – voor de zekerheid – door middel van artikel 6:159 BW het hele contract op de verkrijger laten overgaan.<sup>101</sup>

## 5. Conclusie

In deze bijdrage stond de kwalificatie van product as a service-contracten centraal. In paragraaf 3 heb ik geconcludeerd dat er twee mogelijke kwalificaties zijn: ofwel er is sprake van een huurovereenkomst, ofwel er is sprake van een gemengde overeenkomst die voldoet aan de kwalificatievoorwaarden voor de huurovereenkomst (het gebruikselement) en de kwalificatievoorwaarden voor de

96 De Jonge, De Wijckerslooth-Vinke & Gelink (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 7 titel 4* 2009, p. 374-381 (Nota TK).

97 De Jonge, De Wijckerslooth-Vinke & Gelink (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 7 titel 4* 2009, p. 374-381 (Nota TK).

98 HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1955, NJ 2007/445, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.4.

99 Z.H. Duijnsteek-van Imhoff, in: T.J. de Groot & F.J. Ringnalda (red.), *Huurrecht Woonruimte*, Den Haag: Sdu 2022, par. 11.2.1.

100 L. van der Marel, ‘Enkele juridische aspecten van de hybride hotelhuurovereenkomst’, *TvHB* 2017/3, par. 4.

101 Vgl. Van der Marel, *TvHB* 2017/3, par. 4.2.

overeenkomt van opdracht (het service-element). Bepalend voor de uiteindelijke kwalificatie is de precieze en concrete inhoud en omvang van de serviceverplichtingen die de aanbieder op zich neemt. Uitsluitend wanneer deze verplichtingen de onderhoudsplicht van artikel 7:206 jo. 7:204 BW te buiten gaan, is sprake van een gemengde overeenkomst in de zin van artikel 6:215 BW.

Waarom is de kwalificatie van het product as a service-contract relevant? Dat heb ik, aan de hand van enkele voorbeelden, uitgewerkt in paragraaf 4. Allereerst is van belang dat partijen in beginsel niet kunnen afwijken van dwingendrechtelijke regelgeving die op hun overeenkomst van toepassing is. In beginsel, want zoals ik in paragraaf 4 heb laten zien, bestaat bij een gemengde overeenkomst wel de mogelijkheid dat dwingend recht buiten toepassing blijft. Ten aanzien van de dwingendrechtelijke opzegbevoegdheid van de opdrachtgever heb ik bepleit dat deze niet aan de afnemer toekomt. Daarnaast moeten partijen zich bewust zijn van de kwalificatie om bepaalde voorzieningen van regulerend recht, zoals de instructiebevoegdheid van de opdrachtgever, te kunnen uitsluiten. Tot slot ben ik ingegaan op de 'koop breekt geen huur'-regeling, waarbij ik geconcludeerd heb dat deze ook van toepassing is op product as a service-contracten en zich bovendien uitstrekt tot het service-element.

Zoals ik in paragraaf 2.2 opmerkte, is het ene contract het andere niet en kan de kwalificatie per product as a service-contract verschillen. In de praktijk moet dus altijd per concreet contract worden beoordeeld hoe dit gekwalificeerd dient te worden. Deze bijdrage kan daarbij als toetsingskader fungeren.