



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Contractdwang

Houben, I.S.J.

Citation

Houben, I. S. J. (2005). *Contractdwang*. Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15353>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15353>

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

Contractdwang

CONTRACTDWANG

I.S.J. Houben

KLUWER 

Deventer 2005

Dit boek werd op 19 mei 2005 door de auteur als proefschrift verdedigd aan de Universiteit Leiden.

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 90-13-02711-3

NUR 822-207

© 2005 Kluwer BV, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden veeelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Een exemplaar van deze voorwaarden zal op eerste verzoek gratis worden toegezonden.

Inhoudsopgave

	LIJST VAN AFKORTINGEN	XV
1	INLEIDING	1
1	Inleiding	1
2	Voorwerp van onderzoek	1
3	Omschrijving en afbakening	2
3.1	Algemeen	2
3.2	Directe en indirecte contractdwang	4
3.3	Feitelijke contractdwang	5
3.4	Contract	6
4	Plan van behandeling	7
2	ENERGIE	9
1	Inleiding	9
1.1	Algemeen	9
1.2	De elektriciteitssector	10
1.3	De gassector	11
1.4	Privatisering	13
1.5	Toezicht	13
1.6	Waterleverantie	14
1.7	Plan van behandeling	14
2	Contractdwang	15
2.1	Inleiding	15
2.2	Contractdwang netbeheerder	15
2.3	Contractdwang leverancier	18
2.3.1	Algemeen	18
2.3.2	Noodleverantie	20
2.4	Bijzonderheden gassector	25
3	Uitzonderingen op contractdwang	26
3.1	Inleiding	26
3.2	Uitzonderingen op contractdwang netbeheerder	26
3.2.1	Ontheffing	26
3.2.2	Onvoldoende capaciteit	27
3.2.3	Bestaande verplichtingen	28
3.2.4	Technische redenen	29
3.2.5	Veiligheid en betrouwbaarheid transportnet	29
3.2.6	Hinder of geknoei met meters	30

3.2.7	Wanbetaling	30
3.2.8	Illegale huisvesting	31
3.3	Uitzonderingen op contractdwang leverancier	32
3.3.1	Inleiding	32
3.3.2	Wanbetaling	32
3.3.3	Illegale huisvesting	33
4	Ratio contractdwang	34
4.1	Inleiding	34
4.2	Contractdwang in het verleden	34
4.3	Contractdwang nu	37
4.3.1	Inleiding	37
4.3.2	Toegang tot infrastructuur	37
4.3.2.1	Noodzaak toegang tot infrastructuur	37
4.3.2.2	Onderhandelde of gereguleerde toegang	39
4.3.3	Publiek belang; universele dienstverplichtingen	41
4.3.3.1	Inleiding	41
4.3.3.2	Wat zijn universele dienstverplichtingen?	41
4.3.3.3	Waarom universele dienstverplichtingen?	43
4.3.3.4	Welke diensten moeten als universele dienstverplichtingen gelden?	43
4.3.4	Ex ante of ex post regulering; specifieke regelgeving of algemeen mededingingsrecht?	45
4.3.5	De (aanvullende) rol van het algemeen mededingingsrecht	49
5	Conclusie	56
3	OPENBAAR PERSONENVERVOER	59
1	Inleiding	59
1.1	Algemeen	59
1.2	Openbaar vervoer per trein	59
1.2.1	Inleiding	59
1.2.2	Beheer hoofdspoorweginfrastructuur	60
1.2.3	Vervoer	61
1.3	Openbaar vervoer over de weg	62
1.4	Plan van behandeling	65
2	Contractdwang	65
2.1	Inleiding	65
2.2	Contractdwang beheerder hoofdspoorweginfrastructuur	66
2.3	Contractdwang openbaar vervoerder	69
3	Uitzonderingen op contractdwang	71
3.1	Wanbetaling	71
3.2	Verstoring rust, orde en veiligheid	71
4	Ratio contractdwang	73
4.1	Contractdwang vroeger	73
4.1.1	Spoorwegvervoer	73
4.1.2	Openbaar vervoer over de weg	75
4.2	Contractdwang nu	77
5	Conclusie	78

4	POST EN TELECOMMUNICATIE	81
1	Post	81
1.1	Inleiding	81
1.2	Contractdwang	81
1.2.1	Contractdwang eigenaar netwerk	81
1.2.2	Contractdwang postbedrijf	83
1.3	Uitzonderingen op contractdwang	85
1.4	Ratio contractdwang	86
1.5	Conclusie	88
2	Telecommunicatie	88
2.1	Inleiding	88
2.2	Contractdwang	89
2.2.1	Inleiding	89
2.2.2	Contractdwang netwerkbeheerder/eigenaar	91
2.2.2.1	Inleiding	91
2.2.2.2	Verplichtingen voor partijen met aanmerkelijke marktmacht	92
2.2.2.3	Verplichtingen voor alle aanbieders: interoperabiliteit	94
2.2.2.4	Toegang tot de kabel	98
2.2.3	Contractdwang aanbieder diensten via het netwerk	100
2.3	Uitzonderingen op contractdwang	101
2.4	Ratio contractdwang	102
2.5	Conclusie	105
5	‘VRIJE’ BEROEPSBEOEFENAREN	107
1	Inleiding	107
2	De notaris	107
2.1	Contractdwang	107
2.1.1	Ministerieplicht	107
2.2	Uitzonderingen op contractdwang	111
2.2.1	Inleiding	111
2.2.2	Strijd met het recht of de openbare orde	111
2.2.3	Zorgplicht notaris	113
2.2.4	Verklaring in akte	117
2.2.5	Vaststelling feiten	118
2.2.6	Geheimhoudingsplicht als reden voor dienstweigering	118
2.2.7	Persoonlijke omstandigheden	118
2.2.8	Incourante tijd of plaats	119
2.2.9	De notaris ontbeert specialistische kennis	119
2.2.10	Niet-betaling	121
2.3	Ratio contractdwang	122
2.3.1	Inleiding	122
2.3.2	Reden van verplichte inschakeling notaris	122
2.3.2.1	Inleiding	122
2.3.2.2	Rechtszekerheid	122
2.3.2.3	Derdenbescherming	123
2.3.2.4	Voorkoming geschillen	123

2.3.2.5	Informatie-assymmetrie	123
3	De gerechtsdeurwaarder	125
3.1	Contractdwang	125
3.2	Uitzonderingen op contractdwang	127
3.2.1	Inleiding	127
3.2.2	Persoonlijke omstandigheden aan zijde gerechtsdeurwaarder	127
3.2.3	Geen voorschot ontvangen	127
3.2.4	Buiten het ambtsgebied	128
3.2.5	Overig	128
3.3	Ratio contractdwang	130
3.3.1	Inleiding	130
3.3.2	Redenen voor de verplichte inschakeling gerechtsdeurwaarder	130
3.3.2.1	Inleiding	130
3.3.2.2	Hoor en wederhoor	130
3.3.2.3	Ordelijke executie	131
4	De advocaat	132
4.1	Contractdwang	132
4.2	Uitzonderingen op contractdwang	133
4.3	Ratio contractdwang	133
4.3.1	Inleiding	133
4.3.2	Ratio contractdwang procureur	133
4.3.3	Ratio contractdwang advocaat	134
4.3.4	Redenen voor verplichte inschakeling advocaat en procureur	135
4.3.4.1	Inleiding	135
4.3.4.2	Bescherming rechtzoekenden	135
4.3.4.3	Functioneren rechtsorde	136
4.3.4.4	Contra-argumenten	137
5	De arts	139
5.1	Inleiding	139
5.2	Contractdwang	140
5.2.1	Directe contractdwang?	140
5.2.2	Indirecte contractdwang	143
5.2.2.1	Inleiding	143
5.2.2.2	Inschrijving in huisartsenpraktijk	143
5.2.2.3	Geneeskundige behandelingsovereenkomst	143
5.3	Uitzonderingen op contractdwang	145
5.3.1	Inleiding	145
5.3.2	De omvang van de praktijk	145
5.3.3	Geografische ligging praktijk	146
5.3.4	Ontbreken vertrouwensband	146
5.3.5	Arts ontbeert vereiste bekwaamheid	147
5.3.6	Gewetensbezwaren; verschil in levensbeschouwing	147
5.3.7	Staking	147
5.3.8	Hulpverleningsplicht ander	148
5.3.9	Strijd met medische standaard	148
5.3.10	Inschatting hulpvraag	149
5.3.11	Financiële redenen	150
5.3.12	Medisch zinloze behandeling	151

5.4	Ratio contractdwang	151
6	De apotheker	153
6.1	Contractdwang	153
6.2	Uitzonderingen op contractdwang	154
6.2.1	Financiële redenen	154
6.2.2	Geen of onbetrouwbaar recept	154
6.2.3	Medicijnbewaking	154
6.2.4	Persoonlijke overtuiging	155
6.3	Ratio contractdwang	155
7	Conclusie	155
6	VERZEKERING	157
1	Inleiding	157
2	Contractdwang	158
2.1	Inleiding	158
2.2	Contractdwang verzekeraar	158
2.2.1	Directe contractdwang	158
2.2.2	Indirecte contractdwang	159
2.2.2.1	Discriminatie	159
2.2.2.2	Willekeurige of kennelijk onredelijke weigering	163
2.3	Contractdwang verzekeringnemer	165
2.3.1	Inleiding	165
2.3.2	WAM	165
2.3.3	Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen	167
3	Uitzonderingen op contractdwang	168
4	Ratio contractdwang	169
4.1	Ratio contractdwang verzekeraar	169
4.2	Ratio contractdwang verzekeringnemer	172
4.3	Zelfregulering	172
5	Naar meer gevallen van contractdwang?	173
5.1	Contractdwang als reactie op onverzekerbaarheid	173
5.2	Nieuwe ziektekostenverzekering: acceptatieplichten?	175
6	Conclusie	176
7	MEDEDINGINGSRECHT	177
1	Inleiding	177
2	Contractdwang	178
2.1	'Wettelijk' kader	178
2.1.1	Inleiding	178
2.1.2	De relevante markt	179
2.1.3	De machtspositie	180
2.1.4	Het misbruik	181
2.2	Jurisprudentie over leveringsweigering	182
2.2.1	Inleiding	182
2.2.2	Misbruik van machtspositie door leveringsweigering	183

2.2.2.1	Algemeen	183
2.2.2.2	Staken van leveranties aan vaste klanten	184
2.2.2.3	Weigering onderdelen te leveren	186
2.2.2.4	Intellectuele eigendomsrechten	187
2.2.3	De essential facilities doctrine	189
2.2.3.1	Inleiding	189
2.2.3.2	Bronner	190
2.2.3.3	Onontbeerlijkheid	192
2.2.4	Beoordeling van de essential facilities doctrine	194
2.2.5	Jurisprudentie na Bronner	198
2.2.5.1	GVG beschikking	198
2.2.5.2	IMS Health	202
2.2.5.3	Telegraaf/NOS en HMG	205
3	Ratio contractdwang	209
4	Conclusie	212
8	DE TOTSTANDKOMINGSFASE	215
1	Inleiding	215
2	Blote prestatieplicht of contracteerplicht?	216
2.1	Inleiding	216
2.2	Blote prestatieplicht	216
2.3	Het verplicht sluiten van een contract past binnen het systeem	219
2.3.1	Contractdwang past binnen privaatrecht	219
2.3.2	Contractdwang betekent niet dat er geen wilsovereenstemming is	220
2.4	Aannemen van contract wenselijk	222
2.4.1	Inleiding	222
2.4.2	Overeenkomst is meer dan prestaties over en weer	222
2.4.3	Verklaring verschaft duidelijkheid	223
2.5	De praktijk	224
2.5.1	Inleiding	224
2.5.2	Energie	224
2.5.3	Openbaar vervoer	225
2.5.4	Post	226
2.5.5	Telefonie	227
2.5.6	Vrije beroepsbeoefenaren	227
2.5.7	Verzekering	228
2.6	Van sluiten van contract naar contracteerplicht	228
2.7	Conclusie	229
3	Het openbaar aanbod	230
3.1	Inleiding	230
3.2	Omschrijving van het openbaar aanbod	230
3.3	De verhouding tussen openbaar aanbod en contractdwang	231
3.3.1	Inleiding	231
3.3.2	Contractdwang, maar geen openbaar aanbod	231
3.3.3	Samenlopen van openbare aanbiedingen en contractdwang	232
3.3.4	Wel een openbaar aanbod, geen contractdwang	235
3.3.4.1	Inleiding	235

3.3.4.2	Toegang tot openbare gelegenheden: een overeenkomst?	236
3.3.4.3	Contracteerplicht of nakoming?	237
3.3.4.4	Rechterlijk oordeel over weigering toegang: willekeur en discriminatie	239
3.4	Verhouding tussen openbaar aanbod en contractdwang: conclusie	243
4	Nietigheid op grond van artikel 3:40 BW	247
5	Vernietiging vanwege een wilsgebrek	248
5.1	Contractdwang: gebrekkig gevormde wil?	248
5.2	Beroep op wilsgebrek beperkt?	249
6	Afgebroken onderhandelingen	249
7	Conclusie	252
9	UITVOERING	253
1	Inleiding	253
2	Opschorting, ontbinding en opzegging	254
2.1	Algemeen	254
2.2	Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst door netbeheerder of leverancier van energie	256
2.2.1	De netbeheerder	256
2.2.2	De leverancier	257
2.3	Opschorting, ontbinding en opzegging vervoersovereenkomst door vervoerder	263
2.4	Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst van postvervoer door TPG	266
2.5	Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst vaste telefonie door KPN	267
2.6	Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst van opdracht door advocaat, notaris en gerechtsdeurwaarder	271
2.6.1	Algemeen	271
2.6.2	Advocaat en procureur	271
2.6.3	Notaris	273
2.6.4	Gerechtsdeurwaarder	274
2.7	Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst van opdracht door arts	275
2.8	Opschorting, ontbinding en opzegging verzekeringsovereenkomst door verzekeraar	277
3	Beroep op overmacht	280
3.1	Eerder wanprestatie bij contractdwang?	280
3.2	Overmacht	281
3.2.1	Algemeen	281
3.2.2	Overmacht netbeheerder of energieleverancier	282
3.2.2.1	Overmacht netbeheerder	282
3.2.2.2	Overmacht leverancier	285
3.2.3	Overmacht openbaar vervoerder	288
3.2.4	Overmacht TPG Post	290
3.2.5	Overmacht KPN bij vaste telefonie	292
3.2.6	Overmacht notaris, advocaat, gerechtsdeurwaarder	293

3.2.7	Overmacht arts	294
3.2.8	Overmacht verzekeraar	295
4	Conclusie	296
10	REMEDIES TEGEN CONTRACTWEIGERING	299
1	Inleiding	299
2	Grondslag van de vordering in het civiele recht	299
2.1	Inleiding	299
2.2	Bijzondere wetsbepalingen	300
2.3	Onrechtmatige daad	301
2.4	Nakoming en niet-nakoming	303
2.5	Redelijkheid en billijkheid	305
3	Rechtsvorderingen in civilibus	305
3.1	Inleiding	305
3.2	Nakoming c.q. gebod of verbod	306
3.3	Schadevergoeding in natura	307
3.4	Schadevergoeding in geld	307
4	Executie civiel vonnis	308
5	Effectuering elders	309
5.1	Inleiding	309
5.2	De Europese Commissie	310
5.3	NMa	311
5.4	Sectoriële toezichthouders	312
5.4.1	OPTA	312
5.4.2	DTe	313
5.4.3	Vervoerkamer	314
5.5	Tuchtrechter	315
5.6	Beroepscommissie Wtz	317
5.7	Commissie Gelijke Behandeling	318
5.8	Geschillencommissies	319
6	Verhouding civiele rechter en toezichthouders	320
7	Conclusie	324
11	SLOTBESCHOUWING	327
1	Inleiding	327
2	Ratio	328
2.1	Inleiding	328
2.2	Machtsonevenwicht	328
2.2.1	Inleiding	328
2.2.2	Machtspositie	329
2.2.3	Afhankelijkheid van de diensten of producten	330
2.3	Ten onrechte gemaakt onderscheid	331
2.4	Slachtofferbescherming	332
3	Beschikbaarheid van welke producten of diensten rechtvaardigt contractdwang?	332

4	Totstandkoming en uitvoering contract	334
5	Effectuering van contractdwang	335
6	Effectiviteit contractdwang	337
6.1	Inleiding	337
6.2	Marktfalen	338
6.3	Welke regulering?	339
6.4	Alternatieven voor (wettelijke) regulering	341
7	Contractdwang voldoende gerechtvaardigd?	342
8	Toekomstige ontwikkeling contractdwang	344
SUMMARY		347
LITERATUURLIJST		353
RECHTSPRAAKREGISTER		375
TREFWOORDENREGISTER		381

Lijst van afkortingen

A	Ampère
A&V	Aansprakelijkheid en Verzekering
AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A-G	Advocaat-Generaal
AG	Aktiengesellschaft
AmvB	algemene maatregel van bestuur
Antitrust L.J	Antitrust Law Journal
AOW	Algemene Ouderdomswet
APX	Amsterdam Power Exchange
ARV	Algemeen Reglement Vervoer
ARRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
B&W	college van burgemeester en wethouders
B.V.	Besloten Vennootschap
Barp	Besluit algemene richtlijnen post
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BUA	Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst
Bud	Besluit universele dienstverlening
BuPo	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
c.q.	casu quo
c.s.	cum suis
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CIV	Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs, de Uniforme Regelen betreffende de overeenkomst van internationaal spoorwegvervoer van reizigers, Aanhangsel A bij het Verdrag COTIF
CML Rev.	Common Market Law Review
CMT	Centraal Medisch Tuchtcollege

COTIF	Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, Verdrag betreffende het internationale spoorwegvervoer
d.d.	de dato
d.w.z.	dat wil zeggen
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d-g	directeur-generaal
diss.	Dissertatie
DR	Deurwaardersreglement
DTe	Dienst Toezicht Energie
e.d.	en dergelijke
e.v.	en verder
ECLR	European Competition Law Review
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
E.L.Rev	European Law Review
ESB	Economisch-statistische berichten
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EZ	ministerie van Economische Zaken
FS	Ferrovie dello Stato
Fw	Faillissementswet
g	gram
GON	Geschillencommissie openbare nutsbedrijven
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg
GVG	Georg Verkehrsorganisation GmbH
Gw	Grondwet
hfdst.	hoofdstuk
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HSM	Hollandsche Ijzeren Spoorwegmaatschappij
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
i.c.	in casu
IVUR	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie
jo	juncto
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
JV	Justitiële Verkenningen
JZ	Juristenzeitung
k	kilogram
KG	Kort Geding
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
KNMG	Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst
LHV	Landelijke Huisartsen Vereniging
LNG	Liquified natural gas
M&M	Markt & Mededinging
m.n.	met name
m. nt.	Met noot van

MC	Medisch Contact
MT	Medisch Tuchtcollege
MvT	Memorie van Toelichting
MW	megawatt
Mw	Mededingingswet
N.V.	Naamloze Vennootschap
NAM	Nederlandse Aardolie Maatschappij
NbBW	Nieuwsbrief BW
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	NJ Feitenrechtspraak
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NPCF	Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie
nr.	nummer
NRS	Nederlandsche Rhijnspoorweg Maatschappij
NS	Nederlandse Spoorwegen
NSR	NS Reizigers
nt.	noot
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Energierecht
NV	Naamloze Vennootschap
NYFER	Nijenrode Forum for Economic Research
o.a.	onder andere
O&F	Onderneming & Financiering
o.m.	onder meer
OCW	ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
OXERA	Oxford economic research associates
p.	pagina(s)
par.	paragraaf
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz
Pres.	President
Prg.	Praktijkgids
PW	Pharmaceutisch Weekblad
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
Resp.	respectievelijk
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Rv	Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvT	Raad van Toezicht
SEO	Stichting voor Economisch Onderzoek
Sep	Samenwerkende elektriciteitsproducenten
SER	Sociaal Economische Raad
SEW	SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Sr	Strafrecht
S&S	Schip en Schade

Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Strafvordering
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftstrecht
T&C	Tekst & Commentaar
t.b.v.	ten behoeve van
t/m	tot en met
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TILEC	Tilburg Law and Economics Center
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht
TvG	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TVR	Tijdschrift voor vervoer & recht
Tw	Telecommunicatiewet
UvA	Universiteit van Amsterdam
V&W	ministerie van Verkeer en Waterstaat
v.o.f.	venootschap onder firma
vgl.	vergelijk
VS	Verenigde Staten
vs.	versus
voorzitter	vz
VU	Vrije Universiteit
VWS	ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
WAM	Wet aansprakelijkheid motorrijtuigen
WGBO	Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst
WOBO	Wet overeenkomst binnenlands openbaar personenvervoer
Wp 2000	Wet personenvervoer 2000
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Wrb	Wet op de rechtsbijstand
Wtz	Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen
Wvg	Wet voorkeursrecht gemeenten
Zfw	Ziekenfondswet

1 | Inleiding

1 INLEIDING

Contractdwang doet zich op vele terreinen van het recht voor. Dit boek voert daarom langs specifieke wetgeving als de Elektriciteitswet, de Gaswet, de Spoorwegwet, de Wet personenvervoer 2000, de Postwet, de Telecommunicatiewet, de Wet op het notarisambt, de Gerechtsdeurwaarderswet en de Advocatenwet. Ook komen contractdwang als gevolg van de werking van het mededingingsrecht, het tuchtrecht, het strafrecht en het gelijke behandelingsrecht aan de orde. Contractdwang is echter in de kern een civielrechtelijk onderwerp: het gaat uiteindelijk om de verplichting een overeenkomst, een contract, te sluiten. Deze contracteerplicht is vreemd aan het geldende uitgangspunt van contractvrijheid. In Duitsland heeft men zich met name over die inbreuk op de contractvrijheid veelvuldig uitgelaten. In Nederland mag het onderwerp contractdwang zich niet in een dergelijke belangstelling verheugen. Dat kan niet zijn omdat contractdwang zich nooit voordoet, want hoewel ik geen kwantitatief onderzoek naar het aantal gevallen van contractdwang heb verricht, blijkt wel dat hij op veel terreinen voorkomt. Door de beschrijvingen van de verschillende gevallen van contractdwang komen verscheidene rechtsgebieden en sectoren aan de orde. Dit boek geeft echter geen uitgebreide omschrijvingen en analyses van bijvoorbeeld het telecommunicatierecht of het verzekeringsrecht, voor zover dat al mogelijk zou zijn, gezien de omvang van dergelijke rechtsgebieden. Met name de contracteerplicht wordt er uit gelicht, daar het onderzoek zich concentreert op de beperking van de contractvrijheid.

2 VOORWERP VAN ONDERZOEK

Contractdwang is een beperking van de contractvrijheid en dan in het bijzonder de vrijheid om te kiezen óf men wil contracteren.

Mijn uitgangspunt in dit boek is dat contractdwang de uitzondering is die de regel bevestigt. Die uitzondering behoeft rechtvaardiging, omdat contractvrijheid weliswaar geen heilig huisje is, maar wel een belangrijk uitgangspunt van het contractenrecht vormt.

In de eerste plaats heb ik onderzocht op welke terreinen contractdwang zich voordoet. Indien contractdwang zich in Nederland slechts incidenteel zou voordoen, zou per saldo de beperking van de contractvrijheid door con-

tractdwang irrelevant kunnen zijn. Contractdwang blijft dan nog wel een vergaande beperking op de contractvrijheid, daar waar zij zich voordoet, maar heeft dan praktisch niet veel betekenis. Ook heb ik aanschouwelijk willen maken hoe een contracteerplicht nu precies wordt geformuleerd, zowel in wetgeving, als in rechterlijke uitspraken. Ik heb derhalve het 'verschijnsel' contractdwang beschreven.

Bij de beschrijvingen van de verscheidene contracteerplichten heb ik steeds de vraag gesteld: wat is de reden dat juist hier contractdwang voorkomt? Wat is de ratio van contractdwang? De kernvraag van het boek gaat over deze ratio: is er een voldoende rechtvaardiging voor de beperking van de contractvrijheid die contractdwang is?

Vervolgens heb ik gekeken welke invloed contractdwang heeft op de totstandkoming van overeenkomsten en op de uitvoering ervan.

En tot slot wordt de vraag beantwoord hoe contractdwang wordt geëffectueerd. Hoe kan worden afgedwongen dat het contract ook daadwerkelijk wordt gesloten?

Ik heb vrij veel gebruik gemaakt van Duitstalig bronnenmateriaal, zonder evenwel uitputtend de gevallen van contractdwang in Nederland en in Duitsland, Oostenrijk of Zwitserland met elkaar te vergelijken.

3 OMSCHRIJVING EN AFBAKENING

3.1 Algemeen

Dit hoofdstuk heeft onder meer tot doel te verduidelijken wat ik onder de term contractdwang versta.¹ Daarmee is niet gezegd dat in het navolgende daar niets meer over gezegd wordt. Het gaat hier om de algemene afbakening van het begrip, uitzonderingen volgen later.

Contractdwang maakt inbreuk op het beginsel van contractvrijheid. Bij contractvrijheid kunnen drie aspecten worden onderscheiden:

- 1 een partij is vrij om te beslissen of zij een overeenkomst aangaat;
- 2 een partij is vrij om te beslissen met wie zij een overeenkomst aangaat;
- 3 partijen zijn vrij de inhoud van de overeenkomst te bepalen.²

Contractdwang maakt in de eerste plaats inbreuk op de vrijheid om te beslissen of men een overeenkomst wil aangaan. Het meest duidelijk komt dit naar voren bij de zogenaamde 'klassieke' vormen van contractdwang. Zo dient het

1 Delen uit deze inleiding komen overeen met hetgeen ik eerder heb geschreven in de bundel: Hartlief & Stolker 1999, p. 347-360.

2 Asser/Hartkamp 2001 (4-II), nr. 34.

openbaar vervoerbedrijf te contracteren met eenieder die van het openbaar vervoer gebruik wil maken.³

Contractdwang kan ook inbreuk maken op de vrijheid van keuze van een contractpartij. Dit doet zich onder andere voor bij contractdwang die wordt opgelegd op basis van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod. De vrijheid van een woningbouwvereniging om zelf een huurder te kiezen wordt beperkt door het gelijkheidsbeginsel. De woningbouwvereniging mag niet naar willekeur weigeren met bepaalde groepen een overeenkomst te sluiten.

Contractdwang brengt ook vaak een beperking van de vrijheid om de inhoud te bepalen met zich mee. Dat is logisch, omdat anders contractdwang gemakkelijk illusoir gemaakt zou kunnen worden. Degene die verplicht moet contracteren zou buitensporige eisen kunnen stellen en daarmee feitelijk aan de contracteerplicht kunnen ontkomen.⁴

Hoewel contractdwang dus vrijwel steeds ook een beperking aanbrengt op de vrijheid zelf de inhoud van het contract te bepalen, vallen wettelijke bepalingen die louter de inhoud van het contract vastleggen niet onder het begrip contractdwang. Bij contractdwang ligt het accent op de noodzakelijkheid van het sluiten van de overeenkomst. Dat tevens vaak de inhoud wordt vastgelegd is een bijkomend gevolg, om de contractdwang niet bij voorbaat krachteloos te maken, en vormt niet de essentie van contractdwang.

Contractdwang beperkt dus de vrijheid om al dan niet een overeenkomst te sluiten. In de meeste Duitstalige bronnen⁵ over contractdwang wordt de definitie van Nipperdey gehanteerd:

‘die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschliessen’.⁶

Deze definitie van Nipperdey is men echter gaan uitleggen op een wijze die niet strookt met mijn opvatting. Contractdwang is de verplichting een contract aan te gaan: een contracteerplicht. Uit de omschrijving van Nipperdey heeft men afgeleid dat het zou moeten gaan om een contract, dat op verzoek van een ander wordt gesloten.⁷ Met andere woorden: het initiatief tot contractsluiting ligt niet bij degene die contractdwang ondervindt, maar bij de andere

3 Een enkele uitzondering daargelaten, waarover nader hfdst. 3.

4 Bydlinski 1980a, p. 3; Nipperdey 1920, p. 31.

5 In Duitsland en Oostenrijk is, anders dan in Nederland, veel over contractdwang geschreven, zie o.a.: Nipperdey 1920; Bydlinski 1980a en 1980b; Molitor 1923; Contzen 1965; Langness 1982; Ehlers 1979; Kilian 1980; Busche 1999; Baur & Henk-Merten 2003; Czajka 1998. Nederlandse auteurs die over contractdwang hebben geschreven zijn Nagelkerke 1973 en Klik 1992.

6 Laatste woord in originele tekst met ringel-s. Nipperdey 1920, p. 7.

7 Zie voor Nederland bijvoorbeeld: Klik 1992, p. 2-3.

partij. Het komt er dus op neer dat degene op wie contractdwang rust, niet de bevoegdheid heeft te weigeren desverzocht een overeenkomst te sluiten.

Met die omschrijving kan ik een heel eind uit de voeten, maar zij blijkt niet geheel te voldoen om de totstandkoming van contracten onder invloed van contractdwang in de praktijk te beschrijven. Daar blijkt dat lang niet altijd kan worden volgehouden dat het gaat om het niet mogen weigeren van het contract. Contractdwang die in de wet is vastgelegd, zoals bijvoorbeeld de contractdwang van de openbaar vervoerbedrijven, leidt er namelijk toe dat deze bedrijven een (openbaar) aanbod moeten doen. Het werkt in die gevallen verwarrend indien men staande houdt dat het initiatief van de reiziger komt. Op het niveau van het sluiten van een overeenkomst is lang niet altijd duidelijk wie een aanbod doet en wie aanvaardt en het doet voor het resultaat ook niet ter zake. Dit komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 8.

Ik omschrijf contractdwang simpelweg als een contracteerplicht. Deze contracteerplicht maakt in ieder geval inbreuk op de vrijheid om te kiezen of men al dan niet een overeenkomst wil aangaan en vaak zullen ook de keuze van de contractpartner en de vrije bepaling van de inhoud beperkt zijn.

3.2 Directe en indirecte contractdwang

De verplichting tot contractsluiting is soms in een wet vastgelegd, andere keren wordt zij gebaseerd op het ongeschreven recht. In de Duitse literatuur wordt in dit verband wel onderscheid gemaakt tussen 'unmittelbare' en 'mittelbare' contractdwang.⁸ Ik zou als equivalent hiervan de termen direct en indirect willen gebruiken. Directe contractdwang wordt omschreven als een contracteerplicht die in een specifieke wetsbepaling staat. In die wetsbepaling wordt aangegeven op wie de contracteerplicht rust, ten behoeve van wie de plicht bestaat en (meestal) tot welke prestatie het contract moet leiden.

Ook bij indirecte contractdwang kan de contracteerplicht voortvloeien uit een wettelijke bepaling, maar dan op indirecte wijze. De contracteerplicht staat niet met zoveel woorden in de wetsbepaling; in die wetsbepaling is echter wel een norm geformuleerd die leidt tot het aannemen van contractdwang. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij contractdwang gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 Gw. Indirecte contractdwang kan tevens voortkomen uit ongeschreven normen, zoals de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in het kader van de onrechtmatige daad.

Bij directe contractdwang bestaat een vooropgestelde contracteerplicht. Bij indirecte contractdwang wordt van geval tot geval bekeken of er een contracteerplicht is.

Hiervóór is directe contractdwang omschreven als een contracteerplicht die in een specifieke wetsbepaling staat opgenomen. Vasthoudend aan die

8 Palandt-Heinrichs 2004, Einf. v. § 145, nr. 8-9.

definitie is directe contractdwang op basis van niet-wettelijke normen niet mogelijk. Ik ben echter van mening dat directe contractdwang niet per definitie in een wettelijke bepaling hoeft te staan. Het wezen van het onderscheid direct-indirect is dat in het eerste geval de contracteerplicht met zoveel woorden geformuleerd staat en in het tweede geval een norm geformuleerd is, waaruit de contracteerplicht nog moet worden afgeleid. De eis van een wetsbepaling wordt gesteld omdat de wet voor iedereen geldt en altijd in rechte inroepbaar is.

Bovendien is deze definitie van directe contractdwang afkomstig uit het Duitse recht, waar men in eerste instantie de 'klassieke' gevallen van contractdwang heeft beschreven: de spoorwegen, de post en de energievoorziening. Deze vormen van contractdwang stonden vaak in een wetsbepaling geformuleerd. Pas later is men zich gaan bezig houden met wat men de 'algemene' contractdwang noemt: contractdwang op basis van § 826 BGB, op basis van een algemene norm dus.⁹ In dat licht bezien is de koppeling direct-wettelijk begrijpelijk.

Directe contractdwang hoeft mijns inziens derhalve niet in een wettelijke bepaling te zijn opgenomen. Wel moet het gaan om een algemeen geldende regel, omdat er anders geen sprake is van een contracteerplicht. Een gedragsregel die voor alle beroepsbeoefenaren geldt, maar niet in een wet is opgenomen, kan mijns inziens wel degelijk een direct geformuleerde contracteerplicht behelzen. Theoretisch hoeft directe contractdwang dus niet in een wet te staan, feitelijk is dat wel altijd het geval. Mijn conclusie is dan ook dat voor het onderscheid direct en indirecte contractdwang, het element 'wettelijk' niet wezenlijk is, maar dat in feite directe contractdwang vrijwel steeds in de wet staat.

3.3 Feitelijke contractdwang

Niet iedere dwang die wordt ervaren bij of rondom het sluiten van een overeenkomst, levert contractdwang op. Contractdwang is, zoals gezegd, een beperking van de vrijheid om te kiezen óf men een overeenkomst wil sluiten.

Veelal wordt bij contractdwang ten onrechte gedacht aan 'take it or leave it' contracten, ook wel adhesiecontracten genoemd. Ik noem dat feitelijke contractdwang. Het gaat om situaties waarin iemand feitelijk geen kant op kan: hij moet wel met deze partij contracteren, omdat hij een bepaalde dienst of een bepaald product nodig heeft. Het onderscheid met contractdwang is, dat het bij contractdwang niet gaat om een feitelijke noodzaak tot contracteren, maar om een rechtens afdwingbare verplichting om te contracteren. Degene op wie contractdwang rust, is rechtens niet bevoegd dit achterwege te laten.

⁹ Art. 826 BGB luidt: 'Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet'.

Bij contractdwang moet er verplicht een aanbod worden gedaan danwel het aanbod van een ander moet worden aanvaard.

3.4 Contract

Er is pas sprake van contractdwang indien de verplichting bestaat een *contract* te sluiten. Dit sluiten van een contract kan ook het direct en logisch gevolg zijn van een in de wet opgenomen prestatieplicht,¹⁰ maar bij contractdwang wordt uiteindelijk steeds een overeenkomst gesloten. De verplichte deelname aan de sociale verzekeringen is bijvoorbeeld geen contractdwang, omdat er geen overeenkomst tot stand komt. Een bepaalde categorie werknemers deelt verplicht mee in het ziekenfonds, maar er bestaat geen overeenkomst tussen ziekenfonds en verzekerde. De aanspraken van de verzekerde zijn rechtstreeks op de wet gebaseerd, zonder dat er een overeenkomst wordt gesloten.

Het ziekenfonds ondervindt overigens wel degelijk contractdwang, alleen niet jegens de verzekerden, maar jegens de hulpverlenende instellingen. Artikel 44 Ziekenfondswet (Zfw) bepaalt dat het ziekenfonds verplicht moet contracteren met zorgverlenende instellingen als ziekenhuizen. Inmiddels is er een wetsvoorstel tot wijziging van de Ziekenfondswet ingediend,¹¹ waarin de contracteerplicht ten aanzien van instellingen wordt beperkt. De bepaling dat een instelling die met één ziekenfonds heeft gecontracteerd, ook met andere ziekenfondsen moet contracteren (ook wel de omgekeerde contracteerplicht genoemd), wordt hierin eveneens beperkt. Voor beide contracteerplichten wordt de mogelijkheid geschapen om ze bij AMvB voor daarin te bepalen vormen van zorg en categorieën zorginstellingen af te schaffen.¹² Wel blijft de verplichting voor het ziekenfonds bestaan om te waarborgen dat er voldoende zorg beschikbaar is voor de verzekerden (art. 8 Zfw), maar dit hoeft dan niet meer te worden bewerkstelligd door verplicht met alle instellingen te contracteren.¹³

Ook bijvoorbeeld onteigening is, hoewel er sprake is van dwang, geen contractdwang, vanwege het feit dat geen contract wordt gesloten. Bij onteigening wordt de keuze om een perceel aan te bieden niet door de eigenaar gemaakt, maar opgelegd. De titel van de eigendomsoverdracht is bij onteigening echter geen (koop)overeenkomst. De onteigenaar is verplicht eerst te proberen tot minnelijke verwerving te komen. Dat betekent dat hij onderhandeld moet hebben met de huidige eigenaar over verkoop. Als dat niet tot

¹⁰ Zie hierover nader hfdst. 8.

¹¹ Tevens ter wijziging van de AWBZ (waarin in art. 42 een contracteerplicht vergelijkbaar met art. 44 Zfw staat).

¹² *Kamerstukken II* 2002/03, 28 994, nr. 1-2. Bij het afsluiten van dit manuscript in behandeling bij de Eerste Kamer.

¹³ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 994, nr. 3.

resultaat leidt, neemt de onteigenaar na een te volgen administratieve procedure een onteigeningsbesluit, hetgeen als een beschikking wordt beschouwd. Daarna volgt in een gerechtelijke procedure de onteigening zelf alsmede de vaststelling van de schadevergoeding. Inschrijving van het onteigeningsvonnis doet de eigendom overgaan.

Indien de eigenaar in het zicht van een onteigening onderhandelt en het tot 'minnelijke verwerving' komt, dan wordt een koopovereenkomst gesloten. Uiteraard kan de dreiging van onteigening de verkoper er toe brengen zich genoodzaakt te zien om te contracteren.¹⁴ Toch beschouw ik dit niet als een contracteerplicht. Hij kan immers weigeren en het onteigeningsbesluit afwachten. Dat besluit kan hij bovendien aanvechten.¹⁵

4 PLAN VAN BEHANDELING

In hoofdstuk 1 wordt het begrip contractdwang toegelicht en nader omlijnd. De hoofdstukken 2 tot en met 4 behandelen contractdwang in de infrastructuurgebonden sectoren. Die sectoren zijn: energie, openbaar vervoer, post en telecommunicatie. In die sectoren is toegang tot de infrastructuur onontbeerlijk om activiteiten in de betreffende sectoren te ontplooien. Deze infrastructuur was in handen van monopolisten. Het zijn sectoren die gereguleerd worden vanuit Europa en waarin, ook vanuit Europa aangestuurd, een overgang van een monopolistische markt naar een concurrerende markt wordt beoogd. De contractdwang is dan ook in de huidige situatie vaak zowel op de beheerder van de infrastructuur als op de leverancier van de goederen of diensten gelegd. De contractdwang in de infrastructuurgebonden sectoren is over het algemeen directe contractdwang. De contractdwang komt voort uit ex-ante sectorspecifieke regulering van de betreffende markten. Ook indirecte contractdwang komt in deze sectoren voor, dan als gevolg van toepassing van het algemeen mededingingsrecht, met name van artikel 82 EG-Verdrag. Het laatstgenoemde onderwerp wordt niet in de hoofdstukken 2, 3 en 4 behandeld, maar in hoofdstuk 7, dat gaat over contractdwang in het mededingingsrecht.

De hoofdstukken 5 en 6 gaan over contractdwang op de markt van vrije beroepsbeoefenaren en in de verzekeringssector. Van de vrije beroepsbeoefenaren komen de advocaat, de notaris, de gerechtsdeurwaarder, de arts en de apotheker aan bod. Zij ondervinden contractdwang deels vanwege een wettelijk

14 Voor de prijs hoeft dit zeker niet negatief te zijn: er moet een dringende reden zijn om te onteigenen. Vaak gaat het om grootschalige projecten, denk aan de HSL, en daarbij is er de projectorganisatie veel aan gelegen de voortgang van het project niet te veel te laten belemmeren door allerlei onteigeningsprocedures. De onteigenaar zal liever iets meer betalen bij minnelijke verwerving dan dat de – ook geld en tijd kostende – onteigeningsprocedure moet worden opgestart.

15 Zie over de onteigeningsprocedure uitgebreid: Den Drijver-van Rijkcevsorsel & Van Engen 2003.

monopolie en deels vanwege een maatschappelijke verantwoordelijkheid. De verzekeringsbranche is interessant omdat contractdwang zich slecht lijkt te verhouden tot de contractvrijheid van de verzekeraar, die deze vrijheid nodig heeft om de risico's in voldoende mate te kunnen selecteren.

Hoofdstuk 7 gaat over contractdwang opgelegd als uitvloeisel van de toepassing van het mededingingsrecht.

Hoofdstuk 8 behandelt de totstandkoming van een overeenkomst onder invloed van contractdwang. Komt de overeenkomst in dat geval, net als bij een 'gewone' overeenkomst, door aanbod en aanvaarding tot stand? Is sprake van wilsovereenstemming?

In hoofdstuk 9 wordt de vraag beantwoord of overeenkomsten gesloten onder invloed van contractdwang op dezelfde wijze worden behandeld als andere overeenkomsten. Bestaan dezelfde mogelijkheden tot opschorting, ontbinding of opzegging? Is een beroep op overmacht in gelijke mate mogelijk?

Hoofdstuk 10 tot slot gaat over de vraag hoe men het recht op een contract geldend kan maken. Wat zijn de remedies tegen contractweigering?

Het onderzoek is afgesloten op 1 november 2004. Rechtspraak, wetgeving en literatuur van na die datum is in beginsel niet verwerkt.

2 | Energie

1 INLEIDING

1.1 Algemeen

Contractdwang doet zich in de energiesector voor op basis van verscheidene bepalingen uit de Elektriciteitswet en de Gaswet. Het gaat om directe contractdwang.¹ De contractdwang is betrekkelijk recent in de wet vastgelegd (met betrekking tot elektriciteit in 1989 en met betrekking tot gas in 2000). Vóór deze wetten werden ingevoerd bestond contractdwang ook al, toen echter op basis van jurisprudentie en literatuur.² Toentertijd ging het dus om indirecte contractdwang.

Zoals zojuist aangegeven, komt in de energiesector met name directe contractdwang voor. Deze contractdwang is vastgelegd in de Nederlandse Elektriciteitswet en Gaswet. De regulering van deze sector, en daarmee ook de contractdwang, is echter afkomstig uit Europa. Dat geldt niet alleen voor energie, maar ook voor de onderwerpen die in de hoofdstukken hierna aan de orde komen: openbaar vervoer, post en telecommunicatie. Dit zijn allen klassieke vormen van contractdwang en de markten waarin deze contractdwang voorkomt hebben gemeenschappelijke kenmerken. In deze sectoren is het met name het Europese mededingingsbeleid dat de regelgeving bepaalt. Daarom zal in dit hoofdstuk ook aandacht worden besteed aan het Europese beleid met betrekking tot de zogenoemde infrastructuurgebonden sectoren. Hierbij zal de nadruk liggen op de ex-ante regulering: de richtlijnen en vervolgens nationale wetgeving waarin een sector wordt gereguleerd. Deze ex-ante regulering wordt wel afgezet tegen het algemene mededingingsrecht, en dan met name het verbod van misbruik van machtspositie (art. 82 EG-Verdrag). Het algemeen mededingingsrecht werkt ex-post, hetgeen wil zeggen dat pas kan worden ingegrepen nadat een inbreuk op het mededingingsrecht is geconstateerd. De ex-ante sectorspecifieke regulering geeft regels vooraf. De verhouding tussen de ex-ante sectorspecifieke regulering en het ex-post mededingingsrecht komt aan de orde in paragraaf 4 van dit hoofdstuk. Voor het overige komt het algemeen mededingingsrecht in de volgende hoofdstukken slechts

1 Zie voor het onderscheid directe-indirecte contractdwang hfdst. 1.

2 Sinds begin jaren tachtig wordt een leveringsplicht van de openbare nutsbedrijven aangenomen, Van Boom (*Verbintenissenrecht II*), aant. 42.2.

zijdelings ter sprake. Er wordt verwezen naar hoofdstuk 7, dat volledig aan indirecte contractdwang op grond van het mededingingsrecht is gewijd.

In dit en de volgende hoofdstukken treft de lezer niet een uitputtende analyse van de genoemde sectoren aan.³ De focus is gericht op de neerslag van de contracterplicht in de nationale wetgeving. De achtergronden van de sectorspecifieke regelgeving komen aan bod bij de vraag naar de ratio van contractdwang in deze sectoren in paragraaf 4.

Voor een goed begrip van contractdwang in de energiesector, volgt hier een korte inleiding op de inrichting van de energiesector in Nederland en de bijbehorende wetsbepalingen.

1.2 De elektriciteitssector

In 1989 is de eerste Elektriciteitswet ingevoerd, die in 1998 werd vervangen door de Elektriciteitswet 1998. De directe aanleiding voor de nieuwe wet was de Europese elektriciteitsrichtlijn uit 1996, die de lidstaten verplichtte tot het liberaliseren van de energiemarkt.⁴ Inmiddels zijn zowel de Elektriciteitswet 1998 als de Gaswet weer gewijzigd, met de invoering van de Wijzigingswet Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in verband met de implementatie en aanscherping toezicht netbeheer.⁵

De Elektriciteitswet 1998 ziet er in hoofdlijnen als volgt uit. Het hoofddoel is om te komen tot een elektriciteitsmarkt met volkomen concurrentie, uitgezonderd het netbeheer. De verschillende werkzaamheden die er uiteindelijk toe leiden dat het licht aan gaat als er op de knop wordt gedrukt, zijn uit elkaar gerafeld. Er wordt onderscheiden tussen het beheer van het leidingen-netwerk en de productie, het transport en de levering van elektriciteit.

Het *beheer* van het leidingen-netwerk is in handen van de netbeheerder. De netbeheerder is een vennootschap die wordt aangewezen door de rechtspersoon die het recht van gebruik heeft over het net. De netbeheerder moet onafhankelijk zijn en mag daarom niet tevens producent of leverancier zijn en ook de verplicht in te stellen Raad van Commissarissen mag geen binding hebben met een producent, een leverancier of een aandeelhouder van de

3 Zie daarvoor o.m.: Cameron 2002; Nihoul & Rodford 2004; Larouche 2000; Henry, Matheu & Jeunemaître 2001; Farr & Oakley 2002.

4 Richtlijn nr. 96/92EG (*PbEG* 1997, L 27). De meest recente richtlijnen zijn richtlijn nr. 2003/54/EG (*PbEG* 2003, L 176/37) (elektriciteit) en 2003/55/EG (*PbEG* 2003, L 176/57) (gas).

5 Wet van 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter uitvoering van richtlijn nr. 2003/54/EG, *PbEG* L 176, verordening nr. 1228/2003, *PbEG* L 176 en richtlijn nr. 2003/55/EG, *PbEG* L 176, alsmede in verband met de aanscherping van het toezicht op het netbeheer (hierna: Wijziging Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in verband met implementatie en aanscherping toezicht netbeheer), *Stb.* 2004, 328. Tekstplaatsing Elektriciteitswet: *Stb.* 2004, 443. Tekstplaatsing Gaswet: *Stb.* 2004, 444.

netbeheerder.⁶ De netbeheerder heeft naast het onderhoud en het beheer van de netten onder andere tot taak om de veiligheid en betrouwbaarheid van de netten te waarborgen, netten aan te leggen en voldoende reservecapaciteit voor het transport van elektriciteit aan te houden. Tevens dient de netbeheerder derden te voorzien van een aansluiting op de netten en hen desgevraagd een meter ter beschikking te stellen.⁷ Met deze aansluiting op het net wordt bedoeld de fysieke aansluiting tussen het net en een onroerende zaak of tussen twee netten.⁸

Ook het *transport van elektriciteit* is de taak van de netbeheerder.⁹ Hij is in beginsel verplicht dit transport op aanvraag te verrichten, waarover in de volgende paragraaf meer.

De *productie* van elektriciteit is vrij. De Elektriciteitswet 1998 bevat hierover geen regels. Dit betekent dat ieder bedrijf elektriciteitscentrales mag bouwen, mits voldaan wordt aan de regels uit bijvoorbeeld de milieuwetten. Bij de Wijzigingswet Elektriciteitswet en Gaswet is wel een bepaling over de productie toegevoegd. Daarin wordt geregeld dat indien naar het oordeel van de Minister van Economische Zaken onvoldoende productie-installaties worden gebouwd om de leverings- en voorzieningszekerheid te waarborgen, hij een procedure kan starten overeenkomstig artikel 7 van de richtlijn. Dit is een aanbestedingsprocedure voor nieuwe producenten.¹⁰ De minister heeft echter ook aangekondigd niet van plan te zijn van deze bevoegdheid gebruik te maken.¹¹

De markt voor de *levering* van elektriciteit aan de afnemers is vrij, op de kleinverbruikers na. Om aan kleinverbruikers te mogen leveren, is een vergunning vereist. In de Elektriciteitswet wordt de leverancier van de beschermde afnemers dan ook aangeduid als de vergunninghouder.¹² Alle afnemers van energie zijn vrij om een eigen leverancier te kiezen. Voor de kleinverbruikers is deze regeling als laatste ingegaan, per 1 juli 2004.

1.3 De gassector

Tot 2000 was de gasvoorziening in Nederland niet wettelijk geregeld, met uitzondering van de Wet energiedistributie en de Wet aardgasprijzen. Net als bij elektriciteit is de directe aanleiding voor het opstellen van de Gaswet

6 Art. 1 lid 1 sub k, art. 10 en art. 11 Elektriciteitswet.

7 Art. 16 lid 1 Elektriciteitswet.

8 Art. 1 lid 1 sub b Elektriciteitswet.

9 Art. 16 lid 1 sub f Elektriciteitswet.

10 Art. 9a Elektriciteitswet.

11 Nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel Wijziging Elektriciteitswet en Gaswet, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 372, nr. 10, p. 63-64.

12 De vergunningplicht staat in art. 95a Elektriciteitswet.

een Europese richtlijn geweest, die verplichte tot liberalisering van de gasmarkt.¹³

De gasvoorziening was vóór de invoering van de Gaswet als volgt geregeld. De Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM), een joint venture van Shell en Esso (nu: ExxonMobil), had (en heeft) de concessie tot winning van gas uit de grote gasbel onder Groningen. De NAM en de overheid hebben gezamenlijk de NV Nederlandse Gasunie opgericht. De taak van Gasunie was om te zorgen voor de inkoop, het transport en de verkoop van gas. Gasunie regelde de omvang van de winning en afzet van Nederlands gas. Bovendien keerde Gasunie de opbrengsten, minus een kleine marge, uit aan de producenten. De prijs van het aardgas was gekoppeld aan de prijs van aardolie.¹⁴

Gasunie had contracten met de producenten, inhoudende dat indien Gasunie het vooraf overeengekomen volume geproduceerde gas niet afnam, zij toch moest betalen, de zogenaamde 'take or pay' contracten. Gasunie had op haar beurt overeenkomsten met de distributiebedrijven (leveringsbedrijven), die leverden aan de kleinere industriële afnemers en aan kleinverbruikers. De industriële grootverbruikers sloten direct met Gasunie contracten af.¹⁵ In de regel ging het om langlopende contracten, die tot op de dag van vandaag doorlopen. Bij de bespreking van uitzonderingen op contractdwang in de gasector, wordt op deze langlopende verplichtingen teruggekomen.

De voornaamste *producent* van gas is de NAM. Zij wint het gas uit het Groningerveld. Uit de kleinere velden wordt ook door kleinere producenten gas gewonnen en geproduceerd. De Gaswet bepaalt dat Gasunie het gas van de kleinere producenten op verzoek tegen redelijke voorwaarden en tegen betaling van een marktconforme vergoeding moet afnemen.¹⁶ Reden van die afnameplicht is dat hierdoor gezorgd wordt dat de winning van gas efficiënt verloopt: de kleinere velden worden in ieder geval volledig gebruikt en het grote Groningerveld kan dan dienen om schommelingen in de vraag op te vangen.¹⁷

De *levering* van gas is vrij, met uitzondering van levering aan afnemers met een verwacht jaargebruik van minder dan 170.000 m³ gas (kleinverbruikers). Een leverancier dient een vergunning te hebben om aan deze groep te leveren en levering is ook verplicht.¹⁸

13 Richtlijn nr. 98/30/EG, (PbEG 1998, L 204/1).

14 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 463, nr. 3, p. 3-4.

15 Hancher & Lavrijssen 2000, p. 230. Deze regeling van de gasector via privaatrechtelijke overeenkomsten was ingegeven door de wens zo snel mogelijk met de exploitatie van het Groningerveld te beginnen. Publiek-economische wetgeving zou de zaak zeer hebben vertraagd, Slot & Skudder 2001, p. 91.

16 Art. 53 t/m 57 Gaswet. De minister kan Gasunie ontheffing verlenen van de afnameverplichting, indien Gasunie door naleving van die verplichting ernstige economische en financiële moeilijkheden ondervindt of dreigt te ondervinden, aldus art. 54 Gaswet.

17 Hancher & Lavrijssen 2000, p. 232.

18 Art. 43 en 44 Gaswet.

Het *transport* van gas wordt uitgevoerd door Gasunie, maar ook door andere bedrijven. De gastransportbedrijven zijn verplicht een onafhankelijke netbeheerder aan te wijzen. Voor het landelijk gastransportnet wordt één netbeheerder, voor het gehele, net aangewezen.¹⁹

1.4 Privatisering

De privatisering²⁰ van de energiebedrijven is voorwerp van discussie. Energiebedrijven leveren gas en/of warmte en/of elektriciteit. De aandelen van deze NV's waren van oudsher in handen van gemeenten en provincies. Dit is nu niet meer per definitie het geval, al zijn de hoofdspelers op de markt, waaronder Nuon, Essent en Eneco, nog steeds in handen van de lagere overheden.

Nu gaat de vrijmaking van de energiemarkt niet geheel zonder slag of stoot. Er zijn overgangsproblemen en de politiek keert op zijn schreden terug van de plannen om de voormalig nutsbedrijven te privatiseren. Voorlopig is de mogelijkheid tot privatisering van netbeheerders bevroren. De Minister van Economische Zaken heeft in een brief aan de Tweede Kamer zijn voornemen bekend gemaakt om de regionale netwerken volledig te splitsen van leveringsbedrijven. De netbeheerder wordt dan juridisch en economisch eigenaar van het netwerk. De aandeelhouders van de energiebedrijven met netwerk zijn nu nog voornamelijk lagere overheden en dat zijn ook de aandeelhouders van het gesplitste bedrijf. De aandelen in het leveringsbedrijf kunnen zij vervreemden, de aandelen in het netwerkbedrijf nog niet, omdat privatisering daarvan nog verboden is. Wel kunnen zij, vooruitlopend op een eventuele privatisering, een deel van het eigen vermogen van de bedrijven vervangen door vreemd vermogen, waardoor geld uit de netwerkbedrijven kan worden gehaald.²¹ De energiebedrijven zijn gekant tegen de plannen om het netwerk los te maken van het leverantiedrijf, omdat het netwerk de grootste waarde in het bedrijf vertegenwoordigt.

1.5 Toezicht

Specifiek voor de handhaving van de energiewetgeving is er een kamer bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Dienst Toezicht Energie (DTe). Op dit moment is een deel van de bevoegdheden geattribueerd aan de d-g NMa en een deel aan DTe. De bedoeling is echter dat NMa een zelfstandig bestuursorgaan wordt. Alle bevoegdheden zullen dan aan de raad van bestuur

¹⁹ Art. 2 Gaswet.

²⁰ Privatisering: de aandelen van de energiebedrijven (naamloze vennootschappen) komen in private handen.

²¹ Brief Minister EZ van 31 maart 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 982, nr. 18.

van NMa worden toegedeeld, die vervolgens intern de taken verdeelt. DTe zal dan geen zelfstandige status meer hebben.²²

1.6 Waterleverantie

Waterleverantie komt in dit hoofdstuk over energie niet aan bod.²³ Toch volgt hier een korte passage over waterlevering, omdat veel bedrijven die gas en elektriciteit leveren, ook water leveren.

In de waterleidingwet²⁴ staat in artikel 3p:

1. De eigenaar van een waterleidingbedrijf is verplicht, binnen het distributiegebied waarin hij bevoegd is drinkwater te leveren, degene die daarom verzoekt een aanbod te doen te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde leidingnet.
2. De eigenaar van een waterleidingbedrijf is verplicht aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen met gebruikmaking van het door hem beheerde leidingnet drinkwater te leveren.

Het is niet geheel duidelijk of hier nu een plicht tot aansluiting, of een aanbodverplichting staat. De tekst van lid 1 lijkt bovendien niet te kloppen; volgens mij zou er moeten staan: 'degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om hem te voorzien van een aansluiting'. In antwoord op vragen hierover,²⁵ heeft de staatssecretaris opgemerkt dat het geen aansluitplicht zonder meer is en dat hij daar ook geen reden toe ziet, nu nagenoeg alle huishoudens in Nederland zijn aangesloten op de waterleiding en er geen signalen zijn dat zich op dit punt problemen voordoen.²⁶ Over de tekst als zodanig is niet meer gesproken.

In ditzelfde wetsvoorstel wordt privatisering van de drinkwaternetten geblokkeerd, hetgeen wil zeggen dat de eigendom van de drinkwaternetten in publieke handen blijft.

1.7 Plan van behandeling

De volgende paragraaf behandelt de wetsbepalingen die contractdwang opleggen aan netbeheerders en energieleveranciers. In paragraaf 3 komen de

²² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 372, nr. 3, p. 9.

²³ Er is ook nog geen overeenstemming over de liberalisering van de watersector in de Europese Unie, zie Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2004)374 def., bijlage 2, punt 6.

²⁴ Artikel ingevoegd bij wet van 9 september 2004 tot wijziging van de Waterleidingwet (eigendom waterleidingbedrijven), *Stb.* 2004, 517.

²⁵ Voorlopig Verslag, *Kamerstukken I* 2003/04, 28 339, B.

²⁶ *Kamerstukken I* 2003/04, 28 339, C, p. 4.

uitzonderingen op deze contracteerplichten aan de orde. Paragraaf 4 gaat over de ratio van contractdwang in de energiesector. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

2 CONTRACTDWANG

2.1 Inleiding

In de energiewetgeving (Elektriciteitswet en Gaswet) is voorzien in contractdwang in verscheidene relaties. In de eerste plaats in de relatie tussen de beheerder van het netwerk (netbeheerder) en degene die toegang tot dat netwerk wenst. Naast de netbeheerder ondervindt ook het gasopslagbedrijf contractdwang, indien dat gasopslagbedrijf een economische machtspositie heeft.²⁷ De eis dat het gasopslagbedrijf een economische machtspositie moet bezitten, wil contractdwang aan de orde komen, wijkt af van het regime dat overigens in de energiesector geldt. In de telecomunicatiesector komt een dergelijk vereiste echter wel veelvuldig voor.²⁸ Ten tweede komt contractdwang voor in de relatie tussen de energieleverancier en diens afnemer. Ten derde bestaat er contractdwang in de relatie tussen Gasunie en de producenten van de kleinere velden, hetgeen te maken heeft met het zogeheten 'kleine veldenbeleid'. Hierover werd in paragraaf 1.2 van dit hoofdstuk gesproken: men beoogt het winnen van gas uit kleine velden te stimuleren. Het grote Groningerveld kan dan dienen om schommelingen in de vraag op te vangen.

2.2 Contractdwang netbeheerder

De netbeheerder ondervindt contractdwang op grond van de volgende wetsbepalingen:

Artikel 23 Elektriciteitswet

1. De netbeheerder is verplicht degene die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk. De netbeheerder verstrekt degene die om een aansluiting op het net verzoekt een gedetailleerde en volledige opgave van de uit te voeren

²⁷ Zie art. 18 t/m 18g Gaswet.

²⁸ Zie daarover nader hfdst. 4. In de Telecommunicatiewet (Tw) kunnen verplichtingen worden opgelegd aan een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht. Deze aanmerkelijke marktmacht moet worden bepaald aan de hand van het algemeen mededingingsrecht, en daarmee aan de hand van de economische machtspositie zoals dat begrip bij toepassing van art. 82 EG-Verdrag en art. 24 Mededingingswet (Mw) wordt gebruikt.

werkzaamheden en de te berekenen kosten van de handelingen, onderscheiden in artikel 28, eerste lid.

2. De netbeheerder onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie tussen degenen jegens wie de verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt.
3. Een aansluiting wordt door de netbeheerder gerealiseerd binnen een redelijke termijn. Deze redelijke termijn is in ieder geval verstreken wanneer de gevraagde aansluiting niet is gerealiseerd binnen 18 weken nadat het verzoek om een aansluiting bij de netbeheerder is ingediend. De vorige volzin is niet van toepassing op aansluitingen van 10 MVA of hoger.

Artikel 24 Elektriciteitswet

1. De netbeheerder is verplicht aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde net ten behoeve van de verzoeker transport van elektriciteit uit te voeren tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk.
2. De verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt niet voorzover de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft. Een weigering transport uit te voeren als bedoeld in de vorige volzin is met redenen omkleed. De netbeheerder verschaft degene aan wie transport is geweigerd desgevraagd en ten hoogste tegen kostprijs de relevante gegevens over de maatregelen die nodig zijn om het net te versterken.
3. De netbeheerder onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie tussen degenen jegens wie de verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt.

Bovenstaande artikelen behelzen de contractdwang die bestaat voor de netbeheerder in zijn relatie tot iedereen die een aansluiting op het net wil (art. 23), danwel transport van energie wenst (art. 24).²⁹ Ook in de Gaswet bestaat een dergelijke contractdwang.

Artikel 14 Gaswet luidt:

1. Behoudens artikel 15 is een netbeheerder verplicht, in voorkomend geval tezamen met een verwant bedrijf, degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde gastransportnet en van een of meer installaties van het verwante bedrijf ten behoeve van de verzoeker transport van gas en de dat transport onderscheidenlijk die activiteiten ondersteunende diensten te verrichten tegen een tarief alsmede tegen voorwaarden die in overeenstemming zijn met de artikelen 12f en 81c.
(...)

²⁹ Op de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet (Tennet) rust ook een verplichting om te importeren vanuit het buitenland, indien daarom wordt verzocht door een afnemer of een leverancier ten behoeve van een afnemer (art. 45 Elektriciteitswet). Ik laat dit verder rusten.

3. Een netbeheerder hanteert voorwaarden die redelijk, transparant en niet discriminerend zijn. (...)

Voordat de Wijzigingswet Elektriciteitswet 1998 en Gaswet werd ingevoerd,³⁰ bestond in de Gaswet, anders dan in de Elektriciteitswet, een systeem van onderhandelde toegang. Nu is gekozen voor een systeem van gereguleerde toegang. In het voormalige artikel 14 Gaswet stond een verplichting voor de netbeheerder om te *onderhandelen* over het transport van gas, maar geen verplichting om tot aansluiting op het netwerk over te gaan. Nu is een overstap gemaakt van onderhandelde toegang naar gereguleerde toegang. In artikel 12 tot en met 12f Gaswet is geregeld hoe de tarieven en overige voorwaarden van gastransport tot stand moeten komen. Uiteindelijk beslist de directeur van de DTe, op voorstellen van de netbeheerders. In de memorie van toelichting bij de Wijzigingswet wordt aangegeven dat dit te maken heeft met artikel 18 van de tweede gasrichtlijn, die uitgaat van gereguleerde toegang en niet van onderhandelde toegang tot het gastransportnetwerk.³¹ In de lidstaten van de EU bestaat een duidelijke voorkeur voor gereguleerde toegang. Nederland was één van de weinige landen die in eerste instantie opteerden voor een systeem van onderhandelde toegang. Zie hierover nader paragraaf 4 van dit hoofdstuk.

Voorts is nu gekozen voor een vorm van gereguleerde toegang die aansluit bij het systeem van de Elektriciteitswet.³² In de Elektriciteitswet bestaat een systeem van gereguleerde toegang, waarbij de tarieven voor groot- en kleinverbruikers voor toegang tot het net vooraf worden vastgesteld. In de Wijzigingswet was ook in een systeem van gereguleerde toegang voor gas voorzien, maar dan een waarbij voor de kleinverbruikers vaste tarieven van tevoren werden vastgesteld, en voor grootverbruikers enige ruimte voor onderhandeling was, ofschoon wel de berekeningsmethodiek voor de tarieven van tevoren werd goedgekeurd. Op aandringen van de Tweede Kamer is nu ook voor de grootgebruikers gekozen voor een systeem van goedkeuring van de tarieven vooraf. Hiermee is duidelijker dat ook bij gas sprake is van een gereguleerde toegang tot het gasnet.³³ De formulering van de contractdwang is nu in beide wetten hetzelfde.

Voor de gasopslaginstallaties geldt, als enige, nog wel een systeem van onderhandelde toegang. Dit geldt alleen voor gasopslagbedrijven die een economische machtspositie hebben.³⁴ Kern van de regeling is artikel 18c Gaswet dat luidt:

³⁰ Stb. 2004, 328.

³¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 3, p. 62.

³² Amendement ingediend door Hessels, Crone en Krom, Kamerstukken II 2003/04, nr. 30.

³³ Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 20.

³⁴ Art. 18 lid 1 Gaswet.

1. Een gasopslagbedrijf is verplicht, in voorkomend geval tezamen met een verwant bedrijf, met degene die daarom verzoekt te onderhandelen over het verrichten van gasopslag en die opslag ondersteunende diensten met behulp van zijn opslaginstallatie en van één of meer installaties van het verwante bedrijf, voorzover het gebruik van die installaties noodzakelijk is voor de opslag of die opslag ondersteunende diensten.
2. Op de grondslag van hetgeen als gevolg van het eerste lid is overeengekomen, worden de opslag van gas en de die opslag ondersteunende diensten verricht.
3. Toepassing van het eerste en het tweede lid geschiedt op voorwaarden die redelijk, transparant en niet-discriminatoir zijn.
4. De directeur-generaal kan op verzoek van één of meer van de bij de onderhandelingen betrokken partijen een termijn stellen waarbinnen de onderhandelingen afgerond moeten zijn.
5. Indien de onderhandelingen binnen de in het vierde lid bedoelde termijn niet tot een overeenkomst hebben geleid, deelt het gasopslagbedrijf binnen twee weken de directeur-generaal mede welke redenen daaraan ten grondslag liggen.

Bij een systeem van onderhandelde toegang, dient er toezicht te zijn op het onderhandelingsresultaat.³⁵ De DTe heeft Richtlijnen Gastransport en Gasopslag vastgesteld waarmee gastransporteurs en opslagbedrijven rekening moeten houden bij het opstellen van hun indicatieve tarieven en overige voorwaarden. Vervolgens heeft hij bindende aanwijzingen gegeven aan een groot aantal transportbedrijven, waaronder Gasunie, omdat men zich niet aan de richtlijnen hield.³⁶ Nu de onderhandelde toegang is verdwenen, is toezicht op de onderhandelingen voor het transport niet meer nodig. Voor de gasopslag blijft toezicht wel noodzakelijk. De bevoegdheid om geschillen te beslechten over de onderhandelde toegang met betrekking tot gasopslag berust bij de d-g NMa.³⁷

2.3 Contractdwang leverancier

2.3.1 Algemeen

Leveranciers ondervinden contractdwang op grond van de volgende bepalingen:

35 Wat er gebeurt indien dit niet goed is geregeld, wordt inzichtelijk als men kennis neemt van Baur & Henk-Merten 2003, waarin wordt beschreven dat de elektriciteitsleveranciers weigeren de tarieven voor de nettoegang te betalen, omdat ze de tarieven veel te hoog vinden. De studie gaat over de vraag of de leveranciers via het privaatrecht (§ 315 BGB, Billiges Ermessen) andere contractvoorwaarden kunnen afdwingen. De conclusie is dat dit mogelijk is. Zie over de bezwaren tegen onderhandelde toegang in het algemeen nader par. 4 van dit hfdst.

36 Zie hierover Meijer & Pietermaat 2002, p. 278.

37 Art. 18 e lid 1 Gaswet.

Artikel 95b Elektriciteitswet

1. Een houder van een vergunning heeft de plicht op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit aan iedere in artikel 95a, eerste lid, bedoelde afnemer die daarom verzoekt. De voorwaarden zijn in ieder geval niet redelijk als zij niet in overeenstemming zijn met het bepaalde bij of krachtens artikel 95m. Artikel 26a, vijfde lid, is van overeenkomstige toepassing.³⁸

Artikel 44 Gaswet

Een houder van een vergunning heeft de plicht op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van gas aan iedere in artikel 43, eerste lid, bedoelde afnemer die daarom verzoekt. De voorwaarden zijn in ieder geval niet redelijk als zij niet in overeenstemming zijn met het bepaalde bij of krachtens artikel 52b. De artikelen 236 en 237 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn mede van toepassing op voorwaarden in overeenkomsten met afnemers die rechtspersoon zijn of handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. (...)

De 'in artikel 95a', respectievelijk 'in artikel 43 bedoelde afnemer' is de kleinverbruiker. Het bedrijf dat wil leveren aan kleinverbruikers, moet over een vergunning beschikken (art. 95a Elektriciteitswet en art. 43 Gaswet). Bij de verlening daarvan wordt met name gekeken of de vergunninghouder in staat is de levering te garanderen. Anders dan vóór 2004 het geval was, geldt de vergunning echter niet voor een bepaald gebied, maar voor geheel Nederland en worden er in beginsel geen maximumtarieven meer vastgesteld. Bovendien is een energieleverancier niet verplicht zo'n vergunning aan te vragen: als hij de markt voor kleinverbruikers niet interessant vindt, dan kan hij een aanvraag ook achterwege laten. Wanneer hij echter een vergunning heeft, dient hij ook op verzoek te leveren.

Een houder van een vergunning dient op grond van artikel 95b Elektriciteitswet de directeur van DTe ieder jaar een opgave te doen van de tarieven die hij berekent, alsmede van de voorwaarden die hij gebruikt bij de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers. Indien de directeur van de dienst van oordeel is dat de tarieven die houders van een vergunning berekenen onredelijk zijn, kan hij een maximumtarief vaststellen voor de levering van elektriciteit

³⁸ De tekst daarvan is: 'De artikelen 236 en 237 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn mede van toepassing op voorwaarden in overeenkomsten met afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, die rechtspersoon zijn of handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf.' De zwarte en de grijze lijst worden dus van toepassing verklaard op alle kleinverbruikers, hetgeen afwijkt van de regeling in het BW die alleen geldt voor wederpartijen die consument zijn. Er is de nodige kritiek geweest op deze bepaling. Zie hierover nader hfdst. 9, par. 3.2.2.1, nt. 100.

aan kleinverbruikers. Voor de leverantie van gas aan kleinverbruikers geldt dezelfde regeling.³⁹

Aanvankelijk zou de contractdwang voor de beschermde afnemers verdwijnen, omdat de marktwerking voldoende waarborgen zou bieden om levering van energie te garanderen. Op aandringen van de Tweede Kamer is toch een vergunningenstelsel met contractdwang ten behoeve van kleinverbruikers blijven bestaan.⁴⁰

2.3.2 Noodleverantie

In het kader van contractdwang van de leveranciers verdienen ook de regelingen van de noodleverantie bespreking. De noodleverancier komt onder andere in actie bij een faillissement van een energieleveringsbedrijf.⁴¹ In een geliberaliseerde sector bestaat de mogelijkheid dat een leverancier failliet gaat. De afnemer kan in dat geval het contract ontbinden op grond van artikel 6:265 BW en op de vrije markt een nieuwe leverancier zoeken. Dat kan tot nadeel hebben dat de prijzen inmiddels gestegen zijn, maar dat is de consequentie van een vrije markt.

Het probleem is echter dat, vanwege de afhankelijkheid van de energievoorziening, het bezwaarlijk is als bedrijven en particulieren op enig moment van stroom worden afgesloten. Om dit probleem op te lossen dient er een noodvoorziening te zijn als een bedrijf failliet gaat. Inmiddels bestaat zowel een regeling voor een noodprogrammaverantwoordelijke als voor een noodleverancier.

Programmaverantwoordelijkheid is geregeld in de Systeemcode, die is gebaseerd op de Elektriciteitswet.⁴² Het is de verantwoordelijkheid van afnemers om aan de systeembeheerder TenneT door te geven hoeveel elektriciteit ze verwachten te produceren of te verbruiken (het energieprogramma), en de financiële aansprakelijkheid voor het verschil tussen die schatting en de werkelijk gerealiseerde waarden (de onbalans).⁴³ Indien de werkelijke vraag hoger is dan het ingediende programma, dan kost dat geld. Men betaalt voor de onbalans. Programmaverantwoordelijkheid mag alleen door erkende bedrij-

39 Zie art. 44 Gaswet. Deze bevoegdheid tot het vaststellen van maximumtarieven vervalt op een bij koninklijk besluit vast te stellen tijdstip, art. 44 lid 6 Gaswet en art. 95b lid 6 Elektriciteitswet.

40 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 463, nr. 95. De leverancier ondervond vóór 1 juli 2004 contractdwang op grond van art. 56 Elektriciteitswet 1998 en art. 25 Gaswet.

41 In Nederland ging in augustus 2003 het bedrijf Energy XS failliet.

42 Art. 31, lid 1 sub c Elektriciteitswet 1998.

43 Dit geldt in beginsel (dus) ook voor (klein)verbruikers: een afnemer is eenieder die over een aansluiting op een net beschikt, art. 1 lid 1 sub c Elektriciteitswet en de begrippen in de Systeemcode zijn gelijk aan die in de Elektriciteitswet, aldus art. 1.2.1 Systeemcode. Feitelijk wordt de programmaverantwoordelijkheid van de (klein)verbruikers uitgevoerd door het energiebedrijf, zie hierna.

ven (de programmaverantwoordelijken) worden uitgeoefend.⁴⁴ In het algemeen is de energieleverancier tevens degene die de programmaverantwoordelijkheid regelt voor de afnemers, hetzij doordat hijzelf de programmaverantwoordelijkheid uitoefent, hetzij doordat hij dit door een ander bedrijf laat doen.

Als de programmaverantwoordelijke failliet gaat, 'verliest hij zijn volledige erkenning', hetgeen inhoudt dat hij niet meer als programmaverantwoordelijke mag optreden. De klanten die bij hem zijn aangesloten, hebben dan een probleem. De Systeemcode⁴⁵ bevat daarom een regeling voor een reserve-programmaverantwoordelijke (en tevens een regeling voor een noodleverancier, waarover hierna meer).⁴⁶ TenneT is verantwoordelijk voor de verdeling van de programmaverantwoordelijkheid voor de getroffen aansluitingen over de overige programmaverantwoordelijken. De leverancier die de programmaverantwoordelijkheid regelt voor zijn klanten zal in eerste instantie een andere programma-verantwoordelijke moeten zoeken.⁴⁷ Tennet wijst dan de aansluitingen aan deze reserve-programmaverantwoordelijke toe. In gevallen waarin de leverancier niet de programma-verantwoordelijkheid voor de klanten regelt, verdeelt Tennet de aansluitingen naar rato van het gecontracteerd transportvermogen, over de overige programmaverantwoordelijken. De reserve-programmaverantwoordelijke mag de toewijzing van de aansluitingen door Tennet in beginsel niet weigeren.⁴⁸ De reserve-programmaverantwoordelijke informeert vervolgens de hem toegewezen aangeslotenen over de bij hem geldende voorwaarden en de opzeggingsmogelijkheden.⁴⁹ Een aangeslotene die op deze wijze bij een reserve-programmaverantwoordelijke terecht is gekomen, heeft gedurende drie maanden het recht zonder opzegtermijn van programma-verantwoordelijke te wisselen.⁵⁰

De Systeemcode regelt ook een noodleverancier. Indien een leverancier niet langer in staat is aan zijn leveringsverplichting te voldoen, draagt Tennet er zorg voor dat de levering van de betreffende aangeslotenen met een gecontracteerd transportvermogen tot en met 3x80 A (dat zijn kleinverbruikers)

44 Zie nader: Knops 2004a, p. 22-28.

45 Deze gewijzigde Systeemcode is ingevoerd op 1 juli 2004, en is te vinden op <www.dte.nl>, onder 'regelgeving', 'Technische codes'.

46 Voorheen was de noodleverancier niet geregeld. Na het faillissement van een energieleverancier in augustus 2003 is door energietoezichthouder DTe en de sector de toenmalige regeling van de reserve-programmaverantwoordelijke zo uitgelegd dat noodlevering aan de klanten van het failliete bedrijf geregeld was. Deze regeling vertoonde echter nogal wat lacunes, zie daarover nader: Knops 2003, p. 148-149 en Knops 2004b, p. 235-274, in het bijzonder § 5.1. De huidige regelingen gelden niet voor aansluitingen groter dan 10 MW, zie art. 3.1c.1 Systeemcode.

47 Art. 3.1c.1 Systeemcode.

48 Art. 3.1c.5 Systeemcode.

49 Art. 3.1c.1 Systeemcode.

50 Art. 3.1c.4 Systeemcode.

wordt voortgezet door een andere vergunninghouder.⁵¹ Daartoe coördineert hij de verdeling van deze aangeslotenen over de andere vergunninghouders. De andere vergunninghouders zijn gehouden hieraan mede te werken. De verdeling geschiedt naar evenredigheid van het totale aantal aangeslotenen met een gecontracteerd transportvermogen tot en met 3x80 A dat de andere vergunninghouders reeds beleveren. Voor de levering van de overige aangeslotenen van de betreffende leverancier, treedt de programma-verantwoordelijke met volledige erkenning die de programmaverantwoordelijkheid voor die aangeslotenen draagt, in de plaats van de leverancier. De betreffende aangeslotenen worden binnen drie werkdagen schriftelijk door de nieuwe vergunninghouder respectievelijk door de programma-verantwoordelijke van de thans geldende voorwaarden (daaronder begrepen de opzeggingsmogelijkheden) op de hoogte gesteld.

Ook is bepaald dat de programmaverantwoordelijke die in plaats van de leverancier treedt, aan de aangeslotene een tarief mag rekenen dat overeenkomt met de APX-prijs, tenzij de aangeslotene met deze programmaverantwoordelijke anders is overeengekomen.⁵² De APX is de beurs waarop stroom wordt verhandeld. Indien de leverancier tevens de programma-verantwoordelijke is, geldt de regeling voor de reserve-programmaverantwoordelijke, zoals hierboven beschreven.

Het opmerkelijke aan deze constructie is dat het contract *geacht wordt te bestaan*.⁵³ Artikel 3.1d.6 Systeemcode luidt namelijk:

In de in 3.1d.4 en 3.1d.5 bedoelde situatie wordt de aangeslotene geacht een leveringscontract te hebben met de vergunninghouder respectievelijk programma-verantwoordelijke die in de plaats van de leverancier treedt. De aangeslotene heeft drie maanden het recht het leveringscontract zonder opzegtermijn te beëindigen.

Enige wilsuiting van de leverancier danwel de aangeslotene komt er niet aan te pas, al mag laatstgenoemde wel het contract opzeggen. Uit oogpunt van contractvrijheid is het geen fraaie methode.

Deze bepaling levert een vergaande beperking van de contractvrijheid op. De leveranciers zijn verplicht mee te werken aan de herverdeling van de aansluitingen van de failliete leverancier door Tennet, aldus artikel 3.1d.4 Systeemcode. De afnemer heeft niets te zeggen over de vraag óf hij wel een nieuwe leverancier wenst, en welke dat dan zou moeten zijn. Contractdwang komt wel vaker voor, maar dan is sprake van het verplicht moeten verrichten van een bepaalde prestatie en het verplicht daartoe sluiten van een contract, niet van een contract dat geacht wordt te bestaan. Voorts wordt contractdwang

51 Art. 3.1d.4 Systeemcode. Verplichting netbeheerder gebaseerd op art. 16 lid 1 sub m jo lid 9 Elektriciteitswet.

52 Art. 3.1d.7 Systeemcode.

53 3.1.d.6 Systeemcode.

in andere gevallen steeds op één partij gelegd en in dit geval zijn beide partijen verplicht gebonden. Tevens vind ik deze regeling, die toch een vergaande inbreuk maakt op de contractvrijheid van zowel leveranciers als afnemers, nogal 'verdekt opgesteld'. De regeling staat in de Systeemcode, die weer is gebaseerd op de Elektriciteitswet. In de Elektriciteitswet staat in art. 16 lid 1 sub m jo lid 9 wel een verwijzing naar de bevoegdheden van Tennet in dit verband:

De netbeheerder heeft in het kader van het beheer van de netten in het voor hem krachtens artikel 36 vastgestelde gebied tot taak: m. voorzieningen te treffen in geval van een faillissement van een leverancier van elektriciteit aan afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid (...)

Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld ter uitvoering van de taak, bedoeld in het eerste lid, onderdeel m. Deze regels hebben mede betrekking op de wijze waarop enerzijds de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet en anderzijds de producenten, leveranciers, handelaren en afnemers zich jegens elkaar gedragen in verband met de uitvoering van de taak, bedoeld in het tweede lid, onderdeel d.

De kleinverbruiker zal intussen weinig bezwaar tegen de regeling hebben. Het merendeel van de afnemers zal graag per direct over een noodleverancier of noodprogramma-verantwoordelijke beschikken, ook al is deze duurder dan hun voormalige leverancier. De tarieven zijn gekoppeld aan de APX prijs en dat lijkt een geruststellend gegeven, maar dit kan een enkele maal, zeker voor kleinverbruikers, nog nare verrassingen opleveren. De prijs kan sterk fluctueren en op piekmomenten hoog oplopen. Dat het contract onmiddellijk opzegbaar is, maakt dit opgedrongen contract uiteraard wel minder bezwaarlijk. Het zou voor de aangeslotene prettiger zijn als het *bestaande* contract zou worden overgenomen door de noodleverancier, maar die kan daar schade door lijden, omdat hij deze stroom wellicht duurder moet inkopen. Dat is zelfs waarschijnlijk, gezien het onverwachte karakter ervan. Een deel van het risico ligt nu bij de afnemer: deze had een meer betrouwbare leverancier moeten uitzoeken.

De leveranciers hebben evenmin inbreng met betrekking tot de klanten die zij krijgen toegewezen. Daar staat tegenover dat zij de mogelijkheid krijgen om klanten, die via de noodregeling bij hen terechtkomen, voor zich te winnen.

Ook voor de gasvoorziening is een noodregeling getroffen, uitgewerkt in het Besluit leveringszekerheid Gaswet.⁵⁴ Deze regeling geldt alleen voor de levering aan kleinverbruikers. Indien een vergunninghouder in betalingsmoeilijkheden komt en er een surséance van betaling of een faillissement dreigt, dan kan de vergunning tot levering aan kleinverbruikers worden ingetrokken. Ook om andere redenen kan een leveringsvergunning worden ingetrokken, maar men denkt vooral aan een bedrijf in moeilijkheden. Tussen het besluit

54 Stb. 2004, 170. Met name art. 3 van het besluit.

om de vergunning in te trekken (beschikking van DTe) en de inwerkingtreding van dat besluit kan een termijn van ten hoogste tien werkdagen liggen. De bedoeling is dat in die periode de vergunninghouder zijn klantenbestand aan de markt aanbiedt. Een ander bedrijf kan dus dat klantenbestand, of een deel daarvan, overnemen, tegen een waarschijnlijk verhoudingsgewijs voordelige prijs. Indien na die maximale periode van tien werkdagen nog niet alle klanten bij een andere leverancier zijn ondergebracht, dan zorgt de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet ervoor dat die klanten alsnog worden ondergebracht. Hij doet dat door ze te verdelen over de overige vergunninghouders, naar rato van het totale aantal kleinverbruikers dat deze andere vergunninghouders reeds beleveren en het daarbij behorende gasvolume.

De klant heeft in deze periode niets in te brengen. Hij mag namelijk niet zijn verbintenis opschorten of beëindigen teneinde van leverancier te wisselen, totdat hij is ondergebracht bij een andere leverancier. De nieuwe leverancier levert volgens zijn eigen voorwaarden. Dit betekent dus dat de klant een nieuwe leverancier en een nieuw contract krijgt, zonder dat hij daar zelf enige keuze in heeft. Het verbod om te switchen gedurende de procedure, heeft te maken met de vrees voor een administratieve chaos. Nadat de kleinverbruiker goed en wel bij een ander is ondergebracht, mag hij echter binnen drie maanden alsnog zelf een andere leverancier kiezen. Dit kan, ongeacht of de voorwaarden van de leverancier waarbij de klant is ondergebracht, dit toestaan. De wijze waarop men dit privaatrechtelijk gestalte heeft gegeven is door verplicht te stellen dat alle leveranciers van kleinverbruikers in de voorwaarden van het contract opnemen dat de klant er vooraf mee instemt dat indien de vergunning wordt ingetrokken, de klant wordt overgedragen aan een andere leverancier. Strikt genomen zou dit dan geen contractdwang zijn, omdat de klant vooraf met deze gang van zaken heeft ingestemd. Aangezien echter alle leveranciers via een besluit⁵⁵ verplicht zijn gesteld om een dergelijke bepaling in het contract op te nemen, kan de klant niet besluiten om tijdelijk geen gas af te nemen en geen gascontract te hebben. De klant kan dat ook niet bij voorbaat beslissen, omdat iedere aanbieder van gas de voorwaarden moet hanteren, waarin voorafgaande instemming met de noodregeling voorkomt.

De regeling van noodleverantie bij elektriciteit en gas lijken sterk op elkaar. Bij de elektriciteitsregeling is echter niet uitdrukkelijk de bepaling opgenomen dat de klant niet zelf mag switchen in de tussentijd. Ten tweede geldt de noodregeling bij gas alleen voor kleinverbruikers, bij elektriciteit zijn alleen heel grote afnemers van de noodregeling uitgesloten.⁵⁶

55 Het besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers, *Stb.* 2003, 234, gewijzigd door het Besluit leveringszekerheid Gaswet.

56 Zie over de regelingen noodleverancier gas en elektriciteit nader: Knops & Wenting 2004, p. 145-153.

2.4 Bijzonderheden gassector

De contractdwang die Gasunie ondervindt, wordt hier apart beschreven, omdat Gasunie een bijzonder positie inneemt en niet zonder meer kan worden ingedeeld bij de netbeheerders/transporteurs of de leveranciers.

Gasunie ondervindt contractdwang, blijktens artikel 54 lid 1 sub b Gaswet:

1. In het belang van het planmatig beheer van voorkomen van gas, ter verzekering op lange termijn van een behoedzaam en rationeel gebruik van deze natuurlijke hulpbron, verricht Gasunie de volgende taken:

(...) b. het op verzoek van houders van een andere Nederlandse winningsvergunning dan bedoeld in onderdeel a, dan wel van degene met wie voor het gebruik van die vergunning een overeenkomst is gesloten inzake het voor gezamenlijke rekening winnen van gas, zorg dragen voor de afname van gas dat wordt gewonnen in het gebied waarop de winningsvergunning betrekking heeft, onder redelijke voorwaarden en tegen betaling van een op marktconforme grondslag bepaalde vergoeding; (...)

Gasunie is derhalve verplicht gas dat wordt aangeboden door producenten die kleinere velden exploiteren, te accepteren en daarover een overeenkomst te sluiten.

Er waren besprekingen gaande tussen de regering en Shell en ExxonMobil over de ontmanteling van Gasunie,⁵⁷ maar deze besprekingen zijn afgebroken. De ontmanteling van Gasunie gaat voorlopig niet door. De Staat heeft inmiddels wel een akkoord getekend, dat inhoudt dat de Staat de gasleidingen van Gasunie koopt, hetgeen dus betekent dat Shell en Exxon zijn uitgekocht. Medio 2005 zou de overdracht moeten plaatsvinden. Het gaat hierbij alleen om het transport van gas. De handelspoot blijft wel in handen van zowel de Staat, als Shell en Exxon.⁵⁸ De afspraken over het 'kleine velden beleid', waarbij Gasunie het gas uit Slochteren mag verkopen, maar in ruil daarvoor ook verplicht is het gas uit de kleine velden aan te kopen (de contractdwang op basis van art. 54 Gaswet), blijft dus bestaan.

Voorlopig stelt de minister minimaal eens per vijf jaar vast van welke hoeveelheid gas, gewonnen uit het Groningerveld, Gasunie uit mag gaan bij de uitoefening van het kleine velden beleid (art. 55 lid 1 Gaswet). Dat betekent dat Gasunie de overige capaciteit mag gebruiken voor andere doeleinden en dat indien er meer gas wordt aangeboden uit de kleine velden, dit de verantwoordelijkheid is van de minister en niet van Gasunie.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 109, nr. 3.

⁵⁸ Brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 1 november 2004, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 109, nr. 6.

3 UITZONDERINGEN OP CONTRACTDWANG

3.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de uitzonderingen op de contractdwang rustend op de netbeheerder, op de leverancier en op Gasunie afzonderlijk behandeld. De uitzonderingen worden besproken om de reikwijdte van de contractdwang te kunnen bepalen. Daarbij gaat het om de contouren van contractdwang, hetgeen betekent dat niet alle mogelijke uitzonderingen aan bod komen. Naarmate er meer structurele uitzonderingen voorkomen, is de contractdwang minder stringent.

3.2 Uitzonderingen op contractdwang netbeheerder

3.2.1 *Ontheffing*

De minister kan op grond van artikel 18h Gaswet voor grote, nieuwe landsgrensoverschrijdende gastransportnetten, LNG-installaties en opslaginstallaties op verzoek ontheffing verlenen van een aantal paragrafen van de Gaswet, waaronder ook de paragraaf waarin de contractdwang voor de netbeheerder van gas en het LNG-bedrijf staat (art. 14 en 14a Gaswet). Deze ontheffing kan alleen worden verleend indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, waaronder de voorwaarde dat de aanleg van het net of de installatie de mededinging bij de levering van gas en de leveringszekerheid versterkt en de voorwaarde dat het risico van de investering nodig voor de aanleg van het net of de installatie zo groot is, dat de aanleg niet zal plaatsvinden als geen ontheffing wordt verleend. Deze ontheffingsmogelijkheid geldt ook voor het uitbreiden van capaciteit van bestaande netten of installaties.

Ook kan ontheffing van de transportverplichting worden verleend op grond van artikel 16 Gaswet. Daarin staat dat de directeur-generaal de netbeheerder van het landelijk gastransportnet tijdelijk ontheffing kan verlenen van de transportverplichting indien een verzoek om transport is gericht tot die netbeheerder en die netbeheerder of een verwant bedrijf ernstige economische en financiële moeilijkheden ondervindt of dreigt te ondervinden in verband met één of meer reeds aangegane overeenkomsten die een verplichting bevatten tot afname van een bepaalde hoeveelheid gas of, bij gebreke daarvan, tot het betalen van een vergoeding ter waarde van die hoeveelheid gas of van een deel daarvan. Het gaat hierbij om de 'take or pay' contracten die Gasunie in het verleden veel heeft afgesloten en die een lange looptijd hebben, waardoor Gasunie daar ook nu nog aan is gebonden.

3.2.2 Onvoldoende capaciteit

Onvoldoende capaciteit op het net om het gevraagde transport te verrichten is een geoorloofde reden om transport te weigeren. Artikel 15 lid 1 sub a Gaswet bepaalt daaromtrent:

1. Een netbeheerder, onderscheidenlijk een LNG-bedrijf, of in voorkomend geval een verwant bedrijf, kan weigeren het transport van gas, LNG-activiteiten of dat transport of die activiteiten ondersteunende diensten te verrichten indien:
 - a. binnen zijn gastransportnet, onderscheidenlijk de in artikel 14a, eerste lid, bedoelde LNG-installaties onderscheidenlijk de installaties van het verwante bedrijf, geen capaciteit beschikbaar is voor het transport van de desbetreffende hoeveelheid gas onderscheidenlijk de LNG-activiteiten dan wel in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij alle capaciteit beschikbaar stelt.

Het gastransportbedrijf zal het capaciteitsgebrek wel moeten aantonen, bijvoorbeeld door middel van contracten en technische specificaties.⁵⁹ Voor het gasopslagbedrijf staat capaciteitsgebrek als weigeringsgrond in artikel 18d lid 1 sub a Gaswet.

Artikel 24 lid 2 Elektriciteitswet bepaalt voor het transport van elektriciteit eveneens dat dit niet verricht hoeft te worden indien er onvoldoende capaciteit aanwezig is. Een weigering dient wel met redenen te zijn omkleed. Bovendien dient de netbeheerder desgevraagd, tegen ten hoogste de kostprijs, de relevante gegevens te verschaffen over de maatregelen die nodig zijn om het net te versterken.

Tot nog toe zijn de transportovereenkomsten veelal langlopende contracten. Dat betekent dat weigering om transport te verrichten vanwege een gebrek aan capaciteit niet-nakoming van het contract oplevert en geen contractweigering. Deze niet-nakoming zal overmacht opleveren, indien het transportbedrijf het capaciteitsgebrek afdoende kan onderbouwen. De wet sanctioneert immers expliciet het weigeren van transport wegens capaciteitsgebrek. Zie hierover nader hoofdstuk 9. Er kan ook sprake zijn van contractweigering, indien het verzoek tot het sluiten van een dergelijke overeenkomst wordt gedaan op een moment dat er te weinig capaciteit is. Dit zal dan naar ik aanneem slechts een

⁵⁹ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 463, nr. 3, p. 33. Vgl. ook art. 2 lid 3 onder a Model algemene voorwaarden transport gas 2000 en elektriciteit 2000. De Model algemene voorwaarden worden vastgesteld door EnergieNed, de brancheorganisatie voor alle bedrijven die in Nederland actief zijn in productie, transport, handel of levering van gas, elektriciteit en/of warmte. De Model algemene voorwaarden zijn te downloaden van <www.energiened.nl>, onder publicaties, juridisch. Er zijn verschillende Model algemene voorwaarden voor gas en elektriciteit. In de eerste plaats zijn er verschillende sets voorwaarden al naar gelang het gaat om de verhouding tussen de netbeheerder/transporteur en de leverancier, of de verhouding tussen de leverancier en de gebruiker/afnemer. Ten tweede wordt onderscheid gemaakt tussen voorwaarden die worden opgenomen in contracten met zakelijke afnemers en die in contracten met huishoudelijke afnemers.

tijdelijke weigering kunnen zijn, gezien de verplichting van de netbeheerder om de capaciteit op peil te houden.

Dat er onvoldoende transport en opslagcapaciteit is, is een situatie die zich in beginsel niet zou mogen voordoen. De netbeheerder is op grond van de wet verplicht de benodigde capaciteit in te schatten en te zorgen dat die aanwezig is. Hij dient daartoe om het jaar ramingen van de verwachte totale behoefte aan transport van gas en elektriciteit aan de directeur van de DTe door te geven. Indien deze ramingen daartoe aanleiding geven, kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld omtrent de kwaliteit waaraan het transport van een netbeheerder, waaronder in elk geval te verstaan de betrouwbaarheid van het transport, ten minste voldoet.⁶⁰ Als dit systeem goed functioneert, zal het alleen in uitzonderingsgevallen kunnen voorkomen dat er te weinig transportcapaciteit is.

De beschikbare capaciteit wordt niet alleen als een technische zaak bekeken, maar ook als een contractuele. Het is immers mogelijk om contracten af te sluiten, zodanig dat er te weinig capaciteit is voor nieuwkomers op de markt. Te denken valt aan het afsluiten van lange termijn contracten, of het reserveren van capaciteit die niet strikt noodzakelijk is. Een weigering omdat er te weinig transportcapaciteit is, omdat die capaciteit met voorrang aan een ander is beloofd, zal dus kunnen worden onderzocht op mogelijke strijd met het mededingingsrecht.⁶¹

3.2.3 *Bestaande verplichtingen*

Reeds bestaande wettelijke of contractuele verplichtingen kunnen er in de gasector toe leiden dat een aansluiting op het net of het transport van gas mag worden geweigerd door de netbeheerder van het landelijk transportnet, aldus artikel 15 en 16 Gaswet. Het gaat om zogenaamde 'take or pay' contracten: reeds gesloten, vaak langlopende contracten, die bepalen dat ook indien de bestelde hoeveelheid gas niet wordt afgenomen, er toch dient te worden betaald.⁶² Deze bepaling is met name van belang voor Gasunie, die veel van dergelijke contracten heeft gesloten met de producenten van de kleine velden.

Ook in de elektriciteitssector zijn langlopende contracten afgesloten door met name de producenten van elektriciteit, die toen nog samenwerkten in Sep (Samenwerkende elektriciteitsproducenten). Daarover is met de overheid een regeling getroffen, waarbij voor sommige projecten geld uit de algemene middelen aan de producenten is toebedeeld.⁶³ Voor het overige zijn zij con-

⁶⁰ Art. 21 en 21a Elektriciteitswet en art. 8 en 8a Gaswet.

⁶¹ Cameron 2002, p. 312-313.

⁶² *Kamerstukken II* 1998/99, 26 463, nr. 3, p. 33-34.

⁶³ Wet van 3 juli 2003 tot wijziging van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector in verband met de financiering van de tegemoetkoming aan de elektriciteitsproductiesector uit de algemene middelen en van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet omwille van de

form hun toenmalige aandeel in Sep verantwoordelijk voor de afhandeling van de contracten. Dit heeft er onder andere toe geleid dat de importcapaciteit van elektriciteit onvoldoende was. Goedkoop in het buitenland ingekochte stroom kon niet worden ingevoerd, omdat de capaciteit nodig was voor de uitvoering van de bestaande importcontracten. DTe heeft inmiddels aan Tennet, de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet, een maximumcapaciteit opgelegd die zij mag gebruiken voor import op basis van deze door Sep aangegane verplichtingen.⁶⁴ Daarmee beoogt DTe de marktwerking te bevorderen, doordat er concurrentie kan plaats vinden met elektriciteit van buitenlandse producenten.

3.2.4 Technische redenen

Bij technische redenen voor contractweigering kan aan verscheidene gevallen worden gedacht. Zo is de netbeheerder bevoegd een aansluiting niet tot stand te brengen, indien de gas- of elektriciteitsinstallatie niet aan de voorwaarden voldoet.⁶⁵ De 'grote' afnemer van elektriciteit dient bepaalde voorzieningen te treffen ten behoeve van de aansluiting, zoals het ter beschikking stellen van een hoogspanningsruimte, als een elektrische installatie wordt aangesloten op het hoogspanningsnet.⁶⁶

3.2.5 Veiligheid en betrouwbaarheid transportnet

Artikel 15 lid 1 sub b Gaswet luidt:

Een netbeheerder, onderscheidenlijk een LNG-bedrijf, of in voorkomend geval een verwant bedrijf, kan weigeren het transport van gas, LNG-activiteiten of dat transport of die activiteiten ondersteunende diensten te verrichten indien:

b. het verrichten van het beoogde transport onderscheidenlijk van die LNG-activiteiten of van de dat transport of die activiteiten ondersteunende diensten hem of de netbeheerder voor wie hij de LNG-activiteiten uitvoert zou verhinderen zijn in de artikelen 10, 10a, 42 en 54a en hoofdstuk 2 bedoelde taken te vervullen.

correctie van enkele tariefbepalingen alsmede in verband met een tijdelijk verbod van privatisering van netwerkbedrijven, *Stb.* 2003, 316.

⁶⁴ Op grond van art. 13 van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector mag Sep tot en met 31 maart 2005 niet meer dan 900 MW en vanaf 1 april 2005 tot en met 31 maart 2009 maximaal 750 MW reserveren voor transport voor de lange termijn importcontracten.

⁶⁵ Art. 6 en art. 9 Model algemene voorwaarden transport gas 2000 voor huishoudelijke afnemers.

⁶⁶ Art. 4 algemene voorwaarden aansluiting en transport elektriciteit 2000 voor zakelijke afnemers, niet zijnde producenten. Bepalingen over de voorwaarden waaraan de omgeving van de aansluiting bij de afnemer moet voldoen staan ook in de Netcode, opgesteld door DTe op basis van art. 31 Elektriciteitswet en te vinden op <www.dte.nl> onder 'technische codes'. Art. 2.3.1 Netcode geeft bijvoorbeeld aanwijzingen over de hoogspanningsruimte.

De taken uit de genoemde artikelen zien op de verplichting te zorgen voor een veilig en betrouwbaar gastransportnet.⁶⁷ Die taak rust niet op de leverancier, dus voor hem is dit geen uitzonderingsgrond. In de Elektriciteitswet staat deze uitzondering niet vermeld, wel is ook daar het zorgen voor een veilig en betrouwbaar net de taak van de netbeheerder (art. 16 lid 1 sub b Elektriciteitswet).

3.2.6 *Hinder of geknoei met meters*

De netbeheerder moet de hoeveelheid getransporteerde elektriciteit of gas kunnen bepalen. Uiteraard is het de afnemer verboden om door middel van de installatie via het net hinder of schade te veroorzaken, verzegelingen te verbreken of met de meetinrichting te knoeien.⁶⁸ Dergelijk gedrag kan ertoe leiden dat een nieuwe aansluiting wordt geweigerd.⁶⁹ Een nieuwe aansluiting weigeren is echter alleen geoorloofd indien het voor het bedrijf niet mogelijk is om op een andere manier zijn belangen veilig te stellen, omdat het gaat om een eerste levensbehoefte.⁷⁰ Het stellen van aanvullende voorwaarden, zoals het storten van een waarborgsom, kan in gevallen waarin het bedrijf slechte ervaringen heeft met een klant vanwege vernielingen (maar het geldt ook bij wanbetaling) geoorloofd zijn. De waarborgsom dient dan echter wel reëel te zijn en mag dus niet zo hoog zijn dat er feitelijk sprake is van contractweigering.⁷¹

3.2.7 *Wanbetaling*

De netbeheerder zal alleen aansluiting en transport hoeven te verrichten, indien het bijbehorende tarief wordt betaald. Dit valt af te leiden uit artikel 23 en 24 lid 1 Elektriciteitswet en artikel 14 Gaswet, waarin verwezen wordt naar de verplichting van de netbeheerder om tegen een tarief en tegen andere voorwaarden zoals in de wet bepaald aansluiting en transport te verrichten. In de nota naar aanleiding van het verslag van het wetsvoorstel Wijziging Elektriciteitswet en Gaswet geeft de Minister van Economische Zaken aan, dat er voor de netbeheerder redenen kunnen zijn om niet langer uitvoering te geven aan zijn aansluit- of transportplicht, zoals het niet betalen voor de geleverde diensten.⁷² Ook hier geldt dat de overeenkomst tot aansluiting en transport al gesloten is als het tot wanbetaling komt. De netbeheerder kan dan

⁶⁷ Vgl. voor het gasopslagbedrijf art. 18d lid 1 sub b.

⁶⁸ Art. 19 Model algemene voorwaarden.

⁶⁹ Deze weigering zal strikt genomen niet op de Model algemene voorwaarden zijn gebaseerd, omdat de algemene voorwaarden pas van toepassing worden als er een contract wordt gesloten, hetgeen bij de weigering nu juist niet gebeurt.

⁷⁰ Loos 1998a, p. 251.

⁷¹ Hof 's-Hertogenbosch 7 mei 1990, NJ/AB 1991, 369 (kort geding).

⁷² Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 10, p. 41.

uitvoering van de transportovereenkomst opschorten, danwel de overeenkomst opzeggen⁷³ en in beginsel kan ook een eventueel nieuw te sluiten contract worden geweigerd. De bestaande aansluiting kan ongedaan worden gemaakt en een nieuwe kan worden geweigerd.

3.2.8 *Illegale huisvesting*

In het geval van illegale bewoning van huizen of woonwagens zal als regel geen aansluiting verzorgd hoeven te worden door de netbeheerder, maar daar kunnen uitzonderingen op zijn. Zo is niet geheel duidelijk of het energiebedrijf verplicht is te leveren aan woonwagenbewoners die een illegale standplaats innemen. Hier is alleen lagere rechtspraak over en die is niet eenduidig. Deze rechtspraak is gewezen voordat de Elektriciteitswet 1998 werd ingevoerd en toen was er nog geen sprake van een aparte netbeheerder met wie gecontracteerd moest worden over de aansluiting. In de huidige situatie zou de vraag primair zijn of de netbeheerder(s) verplicht is/zijn, degenen die een illegale standplaats innemen, van een aansluiting op het elektriciteits- en gasnet te voorzien. Vervolgens komt de vraag aan de orde of het energiebedrijf een energieleveringscontract met deze bewoners moet sluiten.

Uit de rechtspraak blijkt dat met name de status van de standplaats van belang is voor de vraag of een aansluiting op het net moet worden verzorgd. Iemand die een ontheffing heeft gekregen om op een illegale plaats te staan, heeft in principe ook recht op sanitaire voorzieningen en dus op energie. Dat kan ook gelden voor iemand die in afwachting is van de definitieve uitspraak over zijn ontheffing, afhankelijk van hoe de rechter in kort geding de kansen op het verkrijgen van deze ontheffing inschat.⁷⁴ Iemand die geen ontheffing heeft, maar wordt gedoogd, kan minder rechten laten gelden. Verder spelen ook de concrete omstandigheden een rol: is er sprake van een noodsituatie (vanwege de medische conditie van de bewoner is energie en water noodzakelijk, bijvoorbeeld) of de afweging tussen de kosten voor de gemeente om de sanitaire voorzieningen aan te leggen en het belang van de bewoner.⁷⁵

De vraag is in hoeverre bovenstaande rechtspraak nog toepasbaar is op de huidige situatie. Het ging in het verleden namelijk steeds om overheidsbedrijven die energie leverden. Indien de overheid, vaak een gemeente, toestond dat een woonwagen illegaal bleef staan, was het niet zo vreemd dat de rechter oordeelde dat het gemeentelijke of provinciale energiebedrijf dan ook moest zorgen dat er energie werd geleverd. Inmiddels gaat het deels om private bedrijven, die niets met het overige overheidsbeleid te maken hebben,

⁷³ Zie daarover nader hfdst. 9.

⁷⁴ Pres. Rb. Haarlem 8 september 1987, *NJ* 1987, 433.

⁷⁵ Pres. Rb. Zutphen 19 januari 1984, *KG* 1984, 51; Pres. Rb. Assen 16 oktober 1984, *KG* 1984, 311; Pres. Rb. Assen 13 september 1983, *KG* 1983, 298; Hof 's Hertogenbosch 19 mei 1987, *NJ* 1988, 546; Pres. Rb. Breda 12 augustus 1983, *NJ* 1984, 486.

hoewel de grootste leveranciers nog in handen zijn van gemeentelijke en provinciale overheden. Deze leveranciers benoemen op hun beurt weer de netbeheerders, die overigens wel onafhankelijk moeten zijn van de leveringsbedrijven. Ik denk dat indien het gaat om kleinverbruikers, een netbeheerder in beginsel een aansluiting zal moeten verzorgen op grond van de wet, indien de overheid de illegale standplaats gedooft. In een concreet geval zal de rechter een afweging maken tussen het belang van de netbeheerder, het belang van de gemeente en het belang van de bewoner. Daarbij kan het belang van de bewoner, net als in de oude jurisprudentie, ook nu nog heel wel de doorslag geven. Wordt de illegale standplaats niet gedooft, dan mag de netbeheerder mijns inziens weigeren, hoewel ik ook hier niet uitsluit dat een belangenafweging in het concrete geval anders uitpakt. Het gaat om een eerste levensbehoefte, dus de redenen van de netbeheerder om niet aan te sluiten moeten zwaarwegend zijn.

In de rechtspraak is uitgemaakt dat het energieleveringsbedrijf niet hoeft te contracteren met krakers.⁷⁶ Ook deze rechtspraak dateert van voor de scheiding van netbeheer en levering van energie. Vertaald naar de huidige situatie betekent dit dat de netbeheerder niet verplicht is een aansluiting te verzorgen naar een gekraakt pand.

3.3 Uitzonderingen op contractdwang leverancier

3.3.1 *Inleiding*

In artikel 95b Elektriciteitswet en artikel 44 Gaswet staat dat geleverd moet worden aan kleinverbruikers, tegen redelijke voorwaarden en tarieven. Dit wil niet zeggen dat de leverancier nooit een levering mag weigeren. In het navolgende ga ik uit van hetgeen tot nu toe als weigeringsgrond in de literatuur en rechtspraak is aanvaard.

3.3.2 *Wanbetaling*

Wanbetaling wordt zowel in de memorie van toelichting van de Elektriciteitswet als van de Gaswet⁷⁷ als in de rechtspraak en de algemene voorwaarden van de energiebedrijven genoemd als weigeringsgrond voor het energiebedrijf. Meestal gaat het niet om de weigering de leveranties aan te vangen, maar om opschorting van leveranties uit hoofde van een bestaand contract, danwel

76 Pres. Rb. 's-Gravenhage 22 augustus 1980, *Prg.* 1981, 1548 m.nt. Spier; Hof 's-Hertogenbosch 27 april 1976, *NJ* 1977, 143; HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 427.

77 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 621, nr. 3, p. 47, resp. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 463, nr. 3, p. 38.

ontbinding of opzegging van het contract. Dit wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 9.

3.3.3 *Illegale huisvesting*

Over de energievoorziening van woonwagens werd hiervoor al gesproken bij de vraag of een aansluiting verzorgd dient te worden door de netbeheerder. Kort gezegd komt het erop neer dat dit afhangt van de vraag of de woonwagen op de illegale standplaats wordt gedoogd. Ik volsta met naar die passage te verwijzen en daaraan toe te voegen dat indien de netbeheerder aansluiting en transport moet verzorgen, het energieleveringsbedrijf ook een contract met deze bewoners zal moeten sluiten. Er is dan immers geoordeeld dat ondanks de illegaliteit van de standplaats er toch recht is op energie. Dit recht op energie zal dan zowel jegens de netbeheerder als jegens het energieleveringsbedrijf geldend kunnen worden gemaakt, afgezien van overige weigeringsgronden (zoals technische moeilijkheden bij de aansluiting, veiligheid of wanbetaling).

Het energieleveringsbedrijf is niet verplicht een overeenkomst te sluiten en vervolgens te leveren aan krakers. Reden daarvoor is dat de krakers zich wederrechtelijk in een woning bevinden; hun belang (bij energievoorziening) behoeft daarom geen bescherming, terwijl dit bij anderen uiteraard de reden van de leveringsplicht is.⁷⁸ De eigenaar kan zich tegen levering door de leverancier verzetten. Ook als de gemeente eigenaar is, terwijl de energievoorziening in handen is van een gemeentebedrijf, mag zij zich verzetten.⁷⁹

Betekent dit ook dat het nutsbedrijf geen overeenkomst mag sluiten met de krakers? Met andere woorden: is het onrechtmatig van het nutsbedrijf jegens de eigenaar van de gekraakte woning om aan de krakers te leveren? Feit is dat het bedrijf door energie te leveren het verblijf in de woning (langer) mogelijk maakt. In de meeste gevallen zal dit inderdaad een onrechtmatige daad van de leverancier opleveren. Als relevante omstandigheden worden genoemd: de rechthebbende verzet zich uitdrukkelijk tegen de levering en hij heeft een klaarblijkelijk belang bij niet-levering.⁸⁰

De gemeente heeft wel enige beleidsruimte, aldus de Hoge Raad in het arrest Breda/Nijs.⁸¹ De gemeente Breda leverde energie aan het gekraakte pand van Nijs, die zich daartegen verzette. De gemeente hoefde zich bij de beslissing of zij de levering zou voortzetten niet uitsluitend te laten leiden door de vraag of de afnemers onrechtmatig in het pand verbleven. In de eerste plaats mocht zij als monopolistische leverancier van eerste levensbehoeften niet ieder belang van de afnemers verwaarlozen. Ten tweede had zij ook

78 Zie Pres. Rb. 's Gravenhage 22 augustus 1980, *Prg.* 1981, 1548 m.nt. Spier.

79 Hof 's Hertogenbosch 27 april 1976, *NJ* 1977, 143; HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 427.

80 Hof 's Hertogenbosch 27 april 1976, *NJ* 1977, 143 en instemmend Spier 1981, nr. 47.

81 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 315 (Breda/Nijs).

belangen van openbare orde en veiligheid in acht te nemen. Hiermee werd bedoeld op het feit dat staking van de levering ertoe zou kunnen leiden dat de krakers zich op illegale wijze van energie gingen voorzien, waarbij dan de veiligheid van de aanliggende panden in gevaar zou worden gebracht.

4 RATIO CONTRACTDWANG

4.1 Inleiding

De ratio van contractdwang in de Elektriciteitswet en in de Gaswet is dat energie een eerste levensbehoefte is, terwijl men voor de toegang tot het netwerk afhankelijk is van een monopolist en voor de levering in sommige gevallen eveneens. Het ontstaan van contractdwang in de energiesector en het vervolgens ook weer gedeeltelijk afschaffen ervan is ingegeven door deze ratio. De overheid is een belangrijke actor, die het belang van een algemene energievoorziening aan zich heeft getrokken, vervolgens dit belang zoveel mogelijk aan de markt wilde laten en daar weer gedeeltelijk van terug lijkt te komen.

De ratio van contractdwang in de energiesector en in andere infrastructuur-gebonden sectoren, kan niet worden gevonden zonder aandacht voor het communautaire beleid met betrekking tot deze sectoren. Zo is de beslissing om de contractdwang in de vorm van onderhandelde toegang of in de vorm van gereguleerde toegang toe te passen niet een louter nationale beslissing, maar hangt de keuze af van de ruimte die de richtlijnen bieden. De Gaswet is daar een fraaie illustratie van: in de vorige Gaswet was de toegang tot de transportleidingen geregeld op basis van onderhandelde toegang. De nieuwe Gaswet regelt het via gereguleerde toegang, hetgeen het gevolg is van het feit dat de nieuwe Gasrichtlijn niet de mogelijkheid biedt tot onderhandelde toegang (met uitzondering van de toegang tot gasopslaginstallaties). Paragraaf 4.3 gaat nader in op de achtergronden van de sectorspecifieke regulering in netwerkgebonden sectoren in het algemeen en in de energiesector in het bijzonder.

4.2 Contractdwang in het verleden

Contractdwang is pas in 1989 en in 2000 in de Elektriciteitswet respectievelijk de Gaswet opgenomen. Voor die tijd werd wel al in de rechtspraak aangenomen dat er een leveringsplicht bestond, maar waarom stond het niet in de wet? Dat heeft te maken met de ontwikkeling van de beide sectoren en de veranderende rol van de overheid. In het navolgende wordt deze ontwikkeling geschetst.

De ontwikkeling van de techniek leidde in de negentiende eeuw tot de eerste mogelijkheid van aansluiting op leidingwater, gas, elektriciteit, telefoon en lokaal vervoer.⁸² Toen gas uit steenkool kon worden gewonnen kwam er straatverlichting in de gemeenten. De gasproductie was in handen van particuliere ondernemers, die van de gemeentebesturen concessies (van 20 à 40 jaar) kregen. Dit bracht problemen met zich mee, want de ondernemers berekenden hoge prijzen en verzorgden alleen de straatverlichting in de rendabele stadsdelen. De verbruikers en de gemeenten waren dan ook niet tevreden en na afloop van de concessie gingen veel gemeenten zelf gas produceren. De gemeenten wilden dat zoveel mogelijk burgers op het gas werden aangesloten en niet alleen de rendabele stadsdelen. Ook de inkomsten uit de gasproductie waren voor de gemeenten reden om zelf tot productie over te gaan. Bovendien hadden de private ondernemers inmiddels het pionierswerk verricht, zodat het risico voor de gemeenten een stuk kleiner was geworden.

Bij de elektriciteitsproductie herhaalde de geschiedenis zich: in eerste instantie lieten de gemeenten dit graag over aan particulieren, maar daarna trokken zij de elektriciteitsvoorziening naar zich toe.⁸³ De gemeenten maakten vervolgens zelf veel winst op de gas- en elektriciteitsvoorziening in de steden en weigerden het minder rendabele platteland aan te sluiten. De provincies grepen in en namen de energievoorziening buiten de steden voor hun rekening. Het werd de gemeenten door middel van provinciale verordeningen verboden om buiten de gemeentegrenzen te leveren. Redenen voor de grotere invloed van de provincies ten koste van de gemeenten op de elektriciteitsvoorziening waren ook dat voor grotere elektriciteitswerken meer kapitaal nodig was en dat de leidingen steeds meer over de gemeentegrenzen heen liepen, van plaats naar plaats.⁸⁴ Uiteindelijk bestond er een lappendeken van gemeentelijke en provinciale bedrijven, waarbij de gemeenten met name de gasvoorziening verzorgden en de provincies de elektriciteitsvoorziening.

De centrale overheid oefende druk uit op de provincies: zij wilde dat de provincies een rijksconcessie aanvroegen voor de aanleg en exploitatie van elektriciteitswerken. De meeste provincies deden dat ook. Deze concessies waren gebaseerd op een overeenkomst, waarvoor geen wettelijke basis bestond. De concessieovereenkomsten bevatten voor de provinciale elektriciteitsbedrijven de verplichting om elektriciteit te leveren aan iedereen in het concessiegebied die dit wilde, tegen door de Minister van Economische Zaken goedgekeurde leveringsvoorwaarden. Voorlopig bleef het wat invloed van de centrale overheid hierbij. In 1938 kwam er weliswaar een elektriciteitswet, maar daarvan traden slechts enkele bepalingen in werking.

In de jaren dertig ontstonden problemen met de gasvoorziening. De gemeenten gebruikten de gaswinsten om tekorten op de begroting te dekken.

82 De Ru 1981, p. 23.

83 Schorer 1987, p. 81-84.

84 Van der Maas & Kip 1987, p. 233.

Toen de crisis uitbrak, werden de gasprijzen steeds verhoogd, met als gevolg dat velen zich geen gas meer konden veroorloven. De provinciale elektriciteitsbedrijven hadden een andere aanpak: zij lieten de winsten in het bedrijf.⁸⁵

Mede door de ervaringen uit de crisisjaren, probeerde de centrale overheid na de Tweede Wereldoorlog nogmaals grip te krijgen op de energievoorziening. De elektriciteitsproducenten voelden de bui hangen en ging zelf tot samenwerking en regulering over. Zij gingen vanaf 1949 samenwerken in de Samenwerkende Elektriciteit Producenten (Sep), waardoor regelgeving door de centrale overheid achterwege bleef. Bij het gas kreeg de overheid wel meer invloed. Reden daarvoor was dat het afstandsgas steeds belangrijker werd en dat daar een centrale transportleiding voor nodig was. Toen vervolgens het aardgasveld bij Slochteren werd ontdekt, werd het gas door de NAM gewonnen en door haar verkocht aan Gasunie, waarin de overheid een groot aandeel had. De gemeenten stopten met de gasproductie (uit steenkool) en beperkten zich tot distributie. Door middel van overeenkomsten met Gasunie werden bevoegdheden voor de Minister van Economische Zaken geregeld, bijvoorbeeld enige zeggenschap over de tarieven. De situatie begin jaren zeventig was dus als volgt: de elektriciteitsproducenten werkten samen in de Sep, de provinciale overheden distribueerden de elektriciteit. Het gas werd getransporteerd door Gasunie en gedistribueerd door de gemeentelijke overheden.

Door de oliecrisis van 1973 kwam de energievoorziening hoog op de politieke agenda te staan. De regering vond dat een herstructurering van de energiesector noodzakelijk was. Eind jaren zeventig was de regering (nadat hier vele discussies over waren gevoerd) van mening dat er horizontaal geïntegreerde energiebedrijven moesten komen, dat wil zeggen bedrijven van een behoorlijke omvang die in een bepaald gebied gas, elektriciteit en warmte distribueren. Er waren in de jaren zeventig nog veel kleine distributiebedrijfjes. Toen de regering aankondigde een elektriciteitswet te zullen invoeren (1986), ging men vrijwillig samen in grotere bedrijven.⁸⁶

Vóór de invoering van de Elektriciteitswet 1989 werd in de rechtspraak al een leveringsplicht aangenomen. Ook voor gas werd in rechtspraak en literatuur een leveringsplicht aangenomen.⁸⁷ En zo'n plicht was ook in al in de concessievoorwaarden die het rijk aan de provincie met betrekking tot de elektriciteitsvoorziening oplegde opgenomen. Regulering van bovenaf was niet strikt noodzakelijk, want de distributiebedrijven waren steeds in handen van de overheid. Weliswaar hadden zij in overwegende mate een privaatrechtelijke rechtsvorm, de NV, maar de gemeenten en provincies waren aandeelhouders.

85 Loos 1998a, p. 28.

86 Schorer 1987, p. 93.

87 Van Boom (*Verbintenissenrecht II*), aant. 42.1. en 42.2.

der. De lagere overheden werden geacht de sector te reguleren in overeenstemming met het publieke belang.⁸⁸

4.3 Contractdwang nu

4.3.1 Inleiding

De contractdwang zoals die voorkomt in de huidige energiewetgeving heeft als achtergrond de Europese regelgeving. Sinds de jaren 1980 worden de markten van elektriciteit, gas, vervoer, post en telecommunicatie vanuit Europa geliberaliseerd. De achtergronden daarvan zijn de volgende.

4.3.2 Toegang tot infrastructuur

4.3.2.1 Noodzaak toegang tot infrastructuur

Er zijn verschillende redenen voor de wens bepaalde markten te liberaliseren. Eén van de belangrijkste redenen in Europa is om te komen tot een daadwerkelijke interne markt: men wil de handelsbelemmeringen tussen lidstaten opheffen.⁸⁹ Daarnaast gelden redenen als het bevorderen van efficiëntie en meer keuzevrijheid voor consumenten.⁹⁰

Toegespitst op de elektriciteits- en gasmarkt geldt dus dat men wil komen tot een interne energiemarkt. Daarmee kan concurrentie op de energiemarkt tot stand komen. De gedachte is dat deze concurrentie zal leiden tot lagere energieprijzen, hetgeen voor ondernemingen van groot belang is. De energiekosten vormen immers een belangrijk deel van de kosten die ondernemingen maken. Als die kosten omlaag gaan, zou dat ook moeten leiden tot lagere kosten van de eindproducten,⁹¹ hetgeen zowel in het voordeel is van de consument, alsook de concurrentiepositie van de Europese ondernemingen in de wereld ten goede komt.

Naast de wens te komen tot een interne markt, spelen ook technologische ontwikkelingen een rol bij de liberalisering van de energiemarkten. Concurrentie in de energiemarkt wordt nu ook feitelijk mogelijk geacht, waar dat vroeger

88 In ieder geïndustrialiseerd land was het gebruikelijk dat de overheid zich met de energievoorziening bezig hield. Dat heeft te maken met kenmerken als: natuurlijk monopolie, essentieel belang voor de gemeenschap, het strategische belang voor de economie en het militair apparaat en het kapitaalintensieve van de industrie. Cameron 2002, p. 5-6.

89 Slot 2004, p. 454. Het bevorderen van de interne markt is een doel van het mededingingsbeleid in Europa in het algemeen, niet alleen van de liberalisering in de verschillende markten: zie bijv. Bishop & Walker 2002, p. 3-4; vgl. voor de regulering van de energiesector Cameron 2002, p. 29-31.

90 Whish 2003, p. 18-21.

91 Cameron 2002, p. 4 en p. 97-98.

werd betwijfeld. De energievoorziening verloopt volgens een complex systeem, waarbij het van belang is dat de spanning op het net wordt gehandhaafd. Door met name de informatietechnologie blijkt het nu mogelijk om toch tot concurrentie te komen.⁹² Denk bijvoorbeeld aan het overstappen van klanten van de ene leverancier naar de andere, hetgeen zonder leveringsonderbrekingen of andere verstoringen mogelijk moet zijn, wil concurrentie van de grond kunnen komen.

Op de markten die door middel van de toepassing van sectorspecifieke regulering worden geliberaliseerd, te weten energie, vervoer, post en telecommunicatie, waren met name (staats)monopolisten actief. De reden dat juist in de genoemde sectoren is overgegaan tot sectorspecifieke regelgeving, is vanwege die monopolieposities in combinatie met de toegang tot de netwerken die door de betreffende monopolisten werd gecontroleerd. Een markt kan niet ontstaan, concurrentie kan niet op gang komen, als er zogenaamde 'bottlenecks' in een markt aanwezig zijn. In de telecommunicatiesector, de energiesector en het vervoer bestonden deze 'bottlenecks', vanwege de natuurlijke en juridische monopolies.⁹³ De regelgeving in de genoemde sectoren en ook met name de daar bestaande contractdwang heeft te maken met de wens om toegang tot de infrastructuur, tot netwerken, voor anderen dan de (ex)-monopolist mogelijk te maken.⁹⁴

De toegang tot het elektriciteits- en gasnetwerk is zo'n bottleneck, omdat het leidingnetwerk een natuurlijk monopolie vormt.⁹⁵ De aanleg en het onderhoud daarvan zijn dusdanig kostbaar dat het niet goed mogelijk en uit oogpunt van efficiëntie ook niet wenselijk is dat er meerdere netwerken naast elkaar bestaan. Voor gas is in Nederland de mogelijkheid van meerdere leidingen in de Gaswet weliswaar nadrukkelijk opengelaten en er worden ook wel nieuwe leidingen aangelegd, maar dit zal niet tot een tweede, landelijk dek-kend netwerk leiden. Zonder regelgeving zou de beheerder van het netwerk de toegang tot de infrastructuur controleren en daarmee een belangrijke barrière vormen voor toegang tot de markt. Dus is enige vorm van regulering onafwendbaar.⁹⁶ Die regulering neemt voor wat de toegang tot de netwerken betreft, onder andere de vorm aan van contractdwang.

Het netwerk kan als natuurlijk monopolie worden beschouwd, maar de netbeheerder heeft in ieder geval ook een *wettelijk* monopolie: over het deel van het net waarover hij het beheer heeft, is hij exclusief bevoegd. Hij kan als enige de toegang tot het gedeelte van het netwerk dat hij beheert, bewerk-stelligen.

92 Cameron 2002, p. 4; Huygen 2004, p. 10.

93 Nikolinakos 1999, p. 404-405; Whish 2003, p. 668-669.

94 Vgl. Bavasso 2004, p. 88.

95 Cameron 2002, p. 19, p. 25-26.

96 Cameron 2002, p. 23.

4.3.2.2 *Onderhandelde of gereguleerde toegang*

De gewenste marktwerking in de gas- en elektriciteitsmarkt vereist dat partijen die energie willen leveren gebruik kunnen maken van de bestaande netwerken.⁹⁷ De Gasrichtlijn en de Elektriciteitsrichtlijn verplichten de lidstaten daarom ervoor te zorgen dat er een systeem komt voor de toegang van derden tot de netten, aangeduid als Third Party Access (TPA). Dit systeem kan de vorm aannemen van gereguleerde en van onderhandelde toegang. In de Gas- en Elektriciteitsrichtlijn is gereguleerde toegang voorgeschreven. Alleen voor gasopslag is onderhandelde toegang toegestaan.

Bij gereguleerde toegang krijgt een derde toegang tot de netwerken, waarbij in beginsel de enige voorwaarden zijn dat er voldoende capaciteit aanwezig is en dat wordt voldaan aan bepaalde technische specificaties. Bij onderhandelde toegang moet worden onderhandeld over toegang en de uitkomst staat dan niet vast. De netwerkbeheerder heeft de verplichting de onderhandelingen op eerlijke wijze te voeren. Het belangrijkste onderscheid is de bewijslast indien er geen toegang wordt verleend. Bij onderhandelde toegang moet degene die toegang wenst aan het einde van de onderhandelingsperiode aantonen dat er geen eerlijke onderhandelingen zijn geweest. Bij gereguleerde toegang moet de netwerkeigenaar die toegang weigert, aantonen dat er onvoldoende capaciteit was of dat er technische problemen bestonden.⁹⁸

Een systeem van onderhandelde toegang kent de nodige nadelen. Indien er geen onderhandelingsresultaat wordt bereikt, of dit heel lang op zich laat wachten, dan noopt dat tot ingrijpen van de toezichthouder. Uiteindelijk wordt er dan toch vaak enige vorm van regulering toegepast. De toezichthouder publiceert bijvoorbeeld richtlijnen voor de onderhandelingen, er wordt een termijn aan de onderhandelingen gesteld en eventueel worden tijdelijke tarieven vastgesteld.⁹⁹ Het voordeel van gereguleerde toegang is dan dat de voorwaarden daar bij voorbaat zijn vastgelegd, zodat eenieder van meet af aan weet waar hij aan toe is.

De reden dat ondanks de genoemde bezwaren onderhandelde toegang in de energierichtlijnen voorkwam, is voornamelijk van politieke aard. De oorspronkelijke plannen van de Commissie om over te gaan tot invoering van verplichtingen om derden toegang tot de netwerken te verlenen in de energiesector, stuitte op veel verzet van de lidstaten en van de gas- en elektriciteitsondernemingen. Met name de plannen voor gereguleerde toegang wekten veel verzet. Uiteindelijk kwam de Commissie met afgezwakte voorstellen, waaronder het voorstel onderhandelde toegang in te voeren (in tegenstelling tot de eerder geplande gereguleerde toegang). Onderhandelde toegang is in beginsel voor de netwerkeigenaren een minder vergaande inbreuk op hun eigendomsrechten en op hun contractvrijheid.

⁹⁷ De Rijke 2004, p. 29.

⁹⁸ Cameron 2002, p. 135-136.

⁹⁹ Cameron 2002, p. 27 en p. 265-266; Vgl. Slot & Skudder 2001, p. 118-119.

Uiteindelijk kwamen in de elektriciteitsrichtlijn van 1996 en in de gasrichtlijn van 1998 zowel de mogelijkheid tot onderhandelde toegang als de mogelijkheid tot gereguleerde toegang terecht.¹⁰⁰ Vervolgens werd in bijna alle lidstaten gekozen voor gereguleerde toegang. Eén van de weinige uitzonderingen was Nederlandse gasmarkt, waar een onderhandelde toegang was geregeld.¹⁰¹ Dit leidde tot forse kritiek omdat de onderhandelingen veel te lang konden duren en er aan verschillende partijen verschillende voorwaarden konden worden opgelegd, hetgeen weer in strijd was met het idee van non-discriminatoire voorwaarden.¹⁰²

Inmiddels is de onderhandelde toegang als mogelijkheid in de Elektriciteits- en Gasrichtlijn geschrapt en als gevolg daarvan ook in de (Nederlandse) Gaswet afgeschaft, met uitzondering van de toegang tot de gasopslaginstallaties. In Nederland is voor gasopslagbedrijven die een economische machtspositie bezitten, gekozen voor deze onderhandelde toegang. De bedrijven zijn verplicht jaarlijks indicatieve tarieven en voorwaarden te publiceren, die de basis vormen voor de onderhandelingen over de verrichting van gasopslag en de ondersteunende diensten aan derden (art. 18 Gaswet). Indien geschillen rijzen met betrekking tot gasopslag, is de d-g NMa de geschilbeslechter en niet DTe (art. 18e Gaswet). De d-g NMa moet beslissen op basis van de Gaswet, en dus niet op basis van het algemeen mededingingsrecht.

In de energiesector heeft de gereguleerde toegang het duidelijk gewonnen van de onderhandelde toegang.¹⁰³ In de telecomsector komt onderhandelde toegang wel nog voor.¹⁰⁴ Het is derhalve niet zo dat zij nooit wordt toegepast, maar het lijkt er wel op dat zij alleen effectief is indien een markt al wat verder is ontwikkeld. Zo ziet de onderhandelde toegang in de telecomsector met name op de interconnectieverplichtingen, hetgeen een onderdeel van de markt is waar men al enige tijd ervaring heeft met het afsluiten van interconnectieovereenkomsten.¹⁰⁵ Mijns inziens zal waarschijnlijk een vrij sterke vorm van regulering en daarmee directe contractdwang blijven bestaan voorzover het gaat om de toegang tot infrastructuur die een natuurlijk monopolie vormt. Ook als men kiest voor onderhandelde toegang zal er controle plaats moeten vinden op het onderhandelingsresultaat en op de duur van de onderhandelingen. Zolang er geen daadwerkelijk concurrerende markt is, zijn echte onderhandelingen ook niet te verwachten. Wanneer onderhandelde toegang alleen mogelijk is met streng toezicht en uiteindelijk toch tot nadere regulering moet worden overgegaan, lijkt het verstandiger om dan de toegang maar vooraf te reguleren. In gevallen waarin geen sprake is van natuurlijke monopolies kan dat anders

100 Cameron 2002, p. 150-153 en p. 171-173.

101 Cameron 2002, p. 265.

102 Slot & Skudder 2001, p. 118-119.

103 Vgl. Slot & Skudder 2001, p. 118-120.

104 Zie daarover nader hfdst. 4, par. 2.2.2.3.

105 Zie daarover nader hfdst. 4, par. 2.2.2.3.

liggen: daar zou, bij een ontwikkeling van de markt in het liberaliseringsproces, op zeker moment ruimte kunnen zijn voor daadwerkelijke onderhandelingen, of voor onderhandelingen waarbij alleen enkele randvoorwaarden worden gereguleerd.

4.3.3 *Publiek belang; universele dienstverplichtingen*

4.3.3.1 *Inleiding*

Eén van de begrippen die naarmate de liberalisering van de genoemde markten vorderde, steeds belangrijker is geworden, is dat van de universele dienstverplichting. In een aantal gevallen van contractdwang is de universele dienstverplichting ook de achtergrond van de contractdwang van met name de leverancier jegens de klant. Het begrip universele dienstverplichting werd als eerste ingevoerd in de telecomsector, en vervolgens in de postsector.¹⁰⁶ Inmiddels staan ook in de elektriciteits- en gasrichtlijn universele dienstverplichtingen opgenomen, die daar overigens openbare dienstverplichting en worden genoemd.¹⁰⁷

4.3.3.2 *Wat zijn universele dienstverplichtingen?*

De universele dienstverplichting is een verplichting die op een onderneming wordt gelegd om zorg te dragen voor bepaalde diensten van algemeen of publiek belang. Er zijn verschillende termen voor dit algemeen of publiek belang in omloop. De Commissie heeft in 2003 een Groenboek over diensten van algemeen belang uitgebracht.¹⁰⁸ Daarin wordt aangegeven dat het begrip dienst van algemeen belang is ontleend aan de term algemeen economisch belang. Deze term verwijst naar diensten van economische aard, waarvoor de lidstaten of de Gemeenschap op grond van een criterium van algemeen belang openbare dienstverplichtingen van toepassing verklaren.

De universele dienstverplichtingen hebben ten doel overal en voor iedereen de toegang tot bepaalde wezenlijke prestaties van goede kwaliteit en tegen betaalbare prijzen mogelijk te maken. Het gaat dan bijvoorbeeld om de in hoofdstuk 4 nog te bespreken verplichting van TPG post om brieven tot 100 g overal in Nederland te bezorgen, ook bij de weduwe in Appelscha. Het zijn diensten die de samenleving zo essentieel acht, dat zij ook moeten worden geleverd aan die afnemers waarbij een winstgevende levering tegen een betaalbare prijs niet mogelijk is.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Devroe 2000, p. 84.

¹⁰⁷ Zie over de verschillen in terminologie nader de volgende subparagraaf.

¹⁰⁸ COM(2003)270 def. Zie eerder reeds de mededeling van de Commissie: De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3).

¹⁰⁹ Devroe 2000, p. 82; Nihoul & Rodford 2004, p. 500.

De begrippen universele dienstverplichting en publieke dienst verplichting worden als synoniemen gebruikt in de richtlijnen van de EG.¹¹⁰ Zo wordt in de post en telecomrichtlijnen over universele dienst gesproken,¹¹¹ in de elektriciteitsrichtlijn over zowel openbare dienstverplichting als universele dienst¹¹² en in de gasrichtlijn over openbare dienstverlening, openbare dienstverplichting en zelfs openbare dienstverleningsverplichting.¹¹³ In het Groenboek en het Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang wordt niet gesproken over universele dienstverplichtingen, maar over openbare dienstverplichtingen.¹¹⁴

Er bestaan ook diensten van algemeen economisch belang, die niet universele dienstverplichtingen zijn. In de energiesector is dat bijvoorbeeld de verplichting van Gasunie om het gas van de producenten van de kleinere velden af te nemen.¹¹⁵ Een dienst van algemeen economisch belang mag beperkingen van de verplichtingen uit hoofde van de richtlijnen met zich mee brengen.¹¹⁶ Dan moet het gaan om beperkingen die noodzakelijk zijn om de onderneming in staat te stellen zijn dienst van algemeen economisch belang uit te oefenen, onder economisch aanvaardbare omstandigheden.¹¹⁷ De contractdwang die op Gasunie rust uit hoofde van het kleine veldenbeleid heeft dan ook een andere ratio dan de contractdwang van netbeheerders en leveranciers. Het gaat niet zozeer om het mogelijk maken van de toegang tot netwerken en het zekerstellen van de levering van energie aan de afnemers, maar om het belang van een efficiënte gaswinning in Nederland. Deze afnameverplichting van Gasunie kan er toe leiden dat Gasunie in de knel komt, omdat zij teveel gas en voor een te hoge prijs moet inkopen, terwijl daar geen vraag naar is. Gasunie zou op grond van artikel 16 van de Gaswet daardoor zelfs transport van gas van anderen kunnen weigeren, als zij daartoe een ontheffing heeft verkregen.

Lange termijn contracten, of bijvoorbeeld 'take or pay' clausules kunnen gerechtvaardigd zijn, omdat in de energiesector grote investeringen noodzakelijk zijn. Het ware te voorkomen dat niet meer in productie- of transportcapaci-

110 Slot & Skudder 2001, p. 121; Devroe 2000, p. 85-86.

111 Resp. voor post: Richtlijn nr. 97/67/EG (*PbEG* 1998, L 15/4) gewijzigd bij richtlijn nr. 2002/39/EG (*PbEG* 2002, L 176/21), zie m.n. art. 7 en voor telecom de universeledienstrichtlijn nr. 2002/22/EG (*PbEG* 2002, L 108/51).

112 Richtlijn nr. 2003/54/EG (*PbEG* 2003, L 176/37), m.n. art. 3.

113 Richtlijn nr. 2003/55/EG (*PbEG* 2003, L 176/57).

114 Resp. COM(2003)270 def. en COM(2004)374 def.

115 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 463, nr. 7, p. 9; Hancher & Lavrijssen 2000, p. 242.

116 Art. 17 Aardgasrichtlijn, in lijn met art. 86 EG-Verdrag.

117 Zie hierover kritisch: Hancher & Lavrijssen 2000. Zij betwijfelen of aan die noodzakelijkheids-eis wel is voldaan. Is het wel noodzakelijk om Gasunie contractdwang op te leggen, wat betreft de verplichte afname van het gas uit de kleine velden, om de gasvoorraden goed te gebruiken? De producenten kunnen ook hun gas aan andere afnemers aanbieden, via het net van Gasunie (of evt. via hun eigen leidingen als ze die hebben).

teit wordt geïnvesteerd, omdat onduidelijk is of dit uiteindelijk zal renderen.¹¹⁸ De andere kant van de medaille is echter dat de ondernemingen die hiermee belast zijn, toegang kunnen weigeren als dat de uitvoering van deze publieke diensten in gevaar zou brengen.¹¹⁹ Een voorbeeld daarvan is artikel 16 Gaswet. Een te ruimhartige toepassing van de weigeringsbevoegdheden komt de marktwerking natuurlijk niet ten goede.

4.3.3.3 *Waarom universele dienstverplichtingen?*

Universele dienstverplichtingen worden opgelegd, omdat concurrentie en de vrije markt niet altijd voor voldoende voorzieningszekerheid van bepaalde goederen of diensten zorgen. Telefoon, gas en elektriciteit zijn essentieel voor het dagelijks leven en als de concurrerende markt deze diensten niet levert aan degenen die zich op een locatie bevinden die niet interessant is voor het bedrijf dat levert, of aan degenen met een beperkt inkomen, dan zal regulering altijd noodzakelijk zijn om tenminste het minimumpakket aan diensten veilig te stellen.¹²⁰ Het is daarom logisch dat het belang van de universele dienstverplichtingen toeneemt met de liberalisering van verschillende sectoren.¹²¹ Door het opnemen van universele dienstverplichtingen worden extra waarborgen ingebouwd, omdat men bang is dat de vrije markt niet genoeg garanties biedt.¹²² Dit is ook nodig gebleken om tegenstanders van liberalisering over de streep te trekken.¹²³

4.3.3.4 *Welke diensten moeten als universele dienstverplichtingen gelden?*

De vraag is welke diensten zo belangrijk zijn dat ze voor universele dienstverlening in aanmerking komen.¹²⁴ Vertaald naar contractdwang: voor welke goederen of diensten is het noodzakelijk om de levering ervan door middel van contractdwang veilig te stellen?

Duidelijk is dat energievoorziening, post en telecommunicatie van dusdanig belang worden geacht dat daar, in Europa althans, universele dienstverplichtingen voor bestaan. Het gaat hierbij om diensten die nodig zijn om in het maatschappelijk verkeer te kunnen functioneren, en waarvan bij sommige zelfs van eerste levensbehoeften kan worden gesproken.

Duidelijk is wat mij betreft ook dat de waardering van wat noodzakelijke goederen en diensten zijn, verandert in de tijd. Dit heeft te maken met de

¹¹⁸ Vgl. Cameron 2002, p. 313.

¹¹⁹ Cameron 2002, p. 136-137.

¹²⁰ Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM (2003)270 def., punt 1.2.

¹²¹ Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM (2003)270 def., inleiding en punt. 1.1 en 2.

¹²² Cameron 2002, p. 160, vermeldt dat met name het Europees Parlement heeft aangedrongen op het opnemen van universele dienstverplichtingen in de elektriciteits- en gasrichtlijnen.

¹²³ Devroe 2000, p. 85 en 92.

¹²⁴ Devroe 2000, p. 82.

toename van welvaart en met technologische ontwikkelingen.¹²⁵ In de universeledienstrichtlijn, die betrekking heeft op de telecomunicatiesector, is vastgelegd dat iedere drie jaar een evaluatie moet plaatsvinden van de reikwijdte van de universele dienstverplichting.¹²⁶ Op die wijze kunnen nieuwe technologieën op een zeker moment onder het begrip universele dienstverplichting worden gebracht, in dit geval door een aanpassing van de richtlijn.¹²⁷

Daarbij komt dat wat betreft de universele dienstverplichtingen de lidstaten over het algemeen nogal wat vrijheid hebben om te bepalen om welke verplichting het precies gaat, wat redelijke voorwaarden zijn en wie de kosten ervan moet dragen,¹²⁸ nu de universele dienstverplichting niet overal rendabel hoeft te zijn. De universele dienstverplichting hoeft dus niet in iedere lidstaat dezelfde invulling te hebben.

Universele dienstverplichtingen gaan bij uitstek gepaard met directe contractdwang. In het geval van het opleggen van universele dienstverplichtingen wordt op bijvoorbeeld het energiebedrijf of het postbedrijf directe contractdwang gelegd, omdat anders bepaalde groepen in de samenleving niet de noodzakelijk geachte voorzieningen krijgen.

Indirecte contractdwang, via toepassing van het algemeen mededingingsrecht zal hier moeizaam zijn, omdat het gaat om niet per se winstgevende activiteiten, die zonder wettelijke grondslag niet snel door een rechter kunnen worden opgelegd, zeker niet daar de lidstaten in de huidige richtlijnen de nodige vrijheid hebben om zelf te bepalen welke universele dienstverplichtingen zij willen opleggen.¹²⁹ Door deze vrijheid kunnen, zoals hiervoor al aangegeven, verschillen in de omvang van universele dienstverplichtingen in de verschillende lidstaten bestaan. Deze verschillen kunnen leiden tot een verstoring van de marktomstandigheden: een onderneming kan in het ene land tot veel meer gehouden zijn dan in het andere land.¹³⁰ Indien te makkelijk wordt overgegaan tot het aannemen van universele dienstverplichtingen, kan dat leiden tot marktafscherming. Een universele dienstverplichting kan aan mede-

125 Een vergelijkbare vraag speelt bij contractdwang in de verzekeringssector. Welke verzekering is van dusdanig belang dat er voorzieningen nodig zijn om te zorgen dat deze kunnen worden afgesloten door eenieder die dat wenst? Zie daarover nader hfdst. 6. In de verzekeringssector wordt overigens bij mijn weten niet met het concept universele dienstverplichting gewerkt. Volgens Devroe zou het begrip, mits het wat beter gedefinieerd zou worden, ook daar goede diensten kunnen bewijzen. Devroe 2000, p. 94. Het Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang COM (2003)270 def. spreek over universele dienstverlening als een dynamisch concept, waarbij rekening kan worden gehouden met politieke, sociale, economische en technologische ontwikkelingen. Zie punt. 3.1 van het Groenboek.

126 Art. 15 van richtlijn nr. 2002/22/EG (*PbEG* 2002, L 108/51).

127 Nihoul & Rodford 2004, p. 517.

128 Vgl. Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM (2004)374 def., punt 4.3 en Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM (2003)270 def., punt 3.1 en 4.1.

129 Vgl. ook Slot & Skudder 2001, p. 124; Slot 2004, p. 457-458.

130 Slot & Skudder 2001, p. 121.

dinging in de weg staan: omdat de uitvoering van de universele dienstverplichting niet winstgevend hoeft te zijn, dient ervoor te worden gewaakt dat andere aanbieders op de markt zich niet allen op het lucratieve deel storten.¹³¹ Daarom wordt soms van de andere aanbieders een vergoeding gevraagd of wordt aan degene die de universele dienstverplichting opgelegd heeft gekregen een exclusieve bevoegdheid voor een bepaalde dienst verleend (waarmee mededinging dus is uitgesloten).¹³² Universele dienstverplichtingen zouden om die reden alleen moeten worden opgelegd als er een reëel probleem van uitsluiting dreigt.¹³³

Er heeft een discussie plaatsgevonden in Europa over de regels voor universele dienstverplichtingen.¹³⁴ Naar aanleiding van de uitkomsten van die discussie heeft de Commissie een witboek uitgebracht over de diensten van algemeen belang. Daarin staat onder andere dat de Commissie zal onderzoeken of er een kaderwet moet komen voor diensten van algemeen belang. Tot op heden blijken de meningen verdeeld over de vraag of er een algemene regeling voor diensten van algemeen belang moet komen. Ook zal de Commissie medio 2005 een besluit nemen over de toepassing van artikel 86 EG-Verdrag op staatssteun die gegeven wordt aan ondernemingen die openbare dienstverplichtingen opgelegd hebben gekregen.¹³⁵

4.3.4 *Ex ante of ex post regulering: specifieke regelgeving of algemeen mededingingsrecht?*

In dit en de volgende drie hoofdstukken gaat het voornamelijk over directe contractdwang op basis van sectorspecifieke wetgeving. De vraag is waarom wordt gekozen voor sectorspecifieke regulering. Kan niet worden volstaan met toepassing van het algemeen mededingingsrecht? Of toegespitst op contractdwang: waarom is in deze sectoren juist sprake van directe contractdwang en niet van indirecte contractdwang? Een vervolgvraag is of er naast de sectorspecifieke regulering nog ruimte is voor het algemeen mededingingsrecht. Of, weer toegespitst op contractdwang: is in deze sectoren nog een rol weggelegd voor indirecte contractdwang op basis van artikel 82 EG-Verdrag of artikel 24 Mw?

Sectorspecifieke regulering legt aan bepaalde partijen verplichtingen op, zoals bijvoorbeeld de verplichting tot het verlenen van toegang, of tot non-discriminatie. Deze verplichtingen zouden op zichzelf ook op grond van artikel 82 EG-Verdrag kunnen worden opgelegd. Degene die de toegang tot een netwerk controleert, heeft vaak ook een machtspositie en als hij discrimineert

¹³¹ Devroe 2000, p. 92

¹³² Doherty 2001, p. 397-398.

¹³³ Devroe 2000, p. 92.

¹³⁴ Zie groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM (2003)270 def.

¹³⁵ Witboek over diensten van algemeen belang, COM (2004)374, def., punt 4.1 en 4.2.

bij het toelaten van anderen tot het netwerk, of die toegang zonder meer weigert, kan sprake zijn van misbruik van machtspositie. Er zijn echter verschillende redenen waarom niet wordt volstaan met te vertrouwen op het mededingingsrecht.

Eén van de redenen is dat het vastleggen van toegangsverplichtingen in wetgeving duidelijkheid verschaft over de verplichtingen die op de netwerkbeheerder rusten, hetgeen de rechtszekerheid bevordert.¹³⁶ Toepassing van een algemene regel als die van artikel 82 EG-Verdrag brengt meer onzekerheid met zich mee, omdat het moeilijk kan zijn om van tevoren te bepalen wanneer weigering wel of niet zal mogen. Het kan jaren duren voordat er een zodanig relevant aantal zaken is behandeld, dat voldoende duidelijk is wat de toegangsverplichtingen voor de netwerkeigenaar inhouden. Het lijkt dan ook niet mogelijk om een hele sector te liberaliseren door steeds ad hoc zaken voor de rechter te brengen. Daar is wetgeving voor nodig.¹³⁷

Ook het feit dat er grote investeringen in netwerken noodzakelijk zijn, is een reden om te opteren voor ex-ante regulering. Deze vorm van regulering geeft de duidelijkheid en rechtszekerheid die netwerkbeheerders en overige ondernemingen die investeringen doen in de infrastructuur, nodig hebben om dergelijke investeringsbeslissingen te kunnen nemen.¹³⁸

Misschien wel de belangrijkste reden voor het toepassen van sectorspecifieke regelgeving in de genoemde sectoren, is dat de het algemeen mededingingsrecht niet in staat is om het gewenste resultaat te bewerkstelligen. Dit geldt met name voor het effectueren van toegangsverplichtingen tot netwerken.

In het algemeen mededingingsrecht wordt voor het bewerkstelligen van toegang tot belangrijke infrastructuur gebruik gemaakt van de zogenoemde essential facilities doctrine. Dit is een toepassing van artikel 82 EG-Verdrag, het verbod op misbruik van machtspositie. Een beheerder van cruciale infrastructuur of goederen of diensten pleegt onder omstandigheden misbruik van machtspositie indien hij derden geen toegang tot die infrastructuur, goederen of diensten verleent. De Commissie heeft ook met behulp van toepassing van de essential facilities doctrine wel toegangsverplichtingen afgedwongen, bijvoorbeeld bij de toegang tot havens. Het Europese Hof van Justitie is echter minder ruimhartig dan de Commissie bij de toepassing van de doctrine, zoals het belangrijke Bronner arrest duidelijk heeft gemaakt.¹³⁹ De noodzaak van sectorspecifieke regelgeving om toegang tot dergelijke faciliteiten zeker te stellen werd door die uitspraak versterkt.¹⁴⁰ Zo zijn de energienetwerken essential facilities, maar toepassing van de essential facilities doctrine op basis

136 Akyürek-Kievits 1998, p. 143-145.

137 Cameron 2002, p. 37, p. 232-233 en p. 245-246.

138 Slot & Skudder 2001, p. 104; Arnbak & Mulder 2000, p. 110.

139 Zie over dit arrest uitgebreid hfdst. 7, par. 2.2.3 e.v. Wellicht kan overigens het na Bronner gewezen arrest IMS Health weer als een bevestiging van de toepasbaarheid van de doctrine worden beschouwd, zie daarover hfdst. 7, par. 2.2.5.2

140 Hancher & Lugard 1999, p. 332; Slot & Skudder 2001, p. 95.

van artikel 82 EG-Verdrag is niet toereikend om toegang tot de netwerken te garanderen.¹⁴¹

Niet alleen kan het algemeen mededingingsrecht niet altijd in voldoende mate toegang tot belangrijke infrastructuur bewerkstelligen, maar aan de andere kant kan regulering ook nodig zijn om toegang juist te beperken. Ondernemingen die investeren in infrastructuur, moeten daar een redelijk rendement uit kunnen halen.¹⁴² Dit punt, dat toegang ook te makkelijk kan worden afgedwongen, is één van de grote discussiepunten bij de toepassing van de essential facilities doctrine. Met name de Commissie zou te snel tot misbruik van machtspositie hebben geconcludeerd, indien concurrenten werden uitgesloten.¹⁴³ Het evenwicht tussen de belangen van de investeerder enerzijds en de noodzaak van toegang tot de netwerken anderzijds kan wellicht beter in sectorspecifieke regelgeving dan in het algemeen mededingingsrecht worden gevonden. In de sectorspecifieke regelgeving kunnen ook de (objectieve) voorwaarden waaronder toegang moet worden verleend worden bepaald.

Een volgende reden waarom sectorspecifieke regelgeving in de genoemde sectoren de voorkeur heeft boven het algemeen mededingingsrecht, is dat sectorspecifieke regulering ex-ante regulering is en gecontroleerd wordt door een specifieke toezichthouder. De nationale, sectorspecifieke toezichthouder is van groot belang om een daadwerkelijke liberalisering tot stand te brengen.¹⁴⁴ Het gaat om markten waarop geen 'level playing field' aanwezig is. Faire marktomstandigheden kunnen niet louter met regelgeving worden bewerkstelligd. De regelgeving moet worden gehandhaafd en wel zodanig dat beslissingen snel worden genomen en dat bovendien beslissingen kunnen worden genomen vóórdat een bepaald misbruik zich voordoet. In snel veranderende markten is ex-post ingrijpen op basis van het algemeen mededingingsrecht te langzaam.

Daarbij komt dat het mededingingsrecht wel geschikt is om incidentele leveringsweigeringen te bestrijden (hoewel dat bij een eerste levensbehoefte als energie ook al bezwaarlijk kan zijn, ook voor grotere afnemers), maar wanneer er structureel te weinig wordt geïnvesteerd, biedt het mededingingsrecht onvoldoende mogelijkheden om in te grijpen. Daarvoor is toezicht ex-ante nodig. Wanneer eenmaal de productiecapaciteit en de infrastructuur zijn verwaarloosd en de problemen ontstaan, is dat niet zomaar opgelost (zie de problemen bij de NS, of zie, om bij de energievoorziening te blijven, de problemen in Californië waar zich grote stroomstoringen hebben voorgedaan door

141 Ook de toepassing van andere algemeen mededingingsrechtelijke bepalingen (zoals art. 86 EG-Verdrag) bleek niet afdoende om liberalisering in de energiesector van de grond te krijgen, al vormde het soms wel een ondersteuning van het liberaliseringsproces. Zie hierover nader Cameron 2002, p. 204 en p. 239-243.

142 Zie hierover, specifiek m.b.t. energiewetgeving: De Rijke 2004, p. 30.

143 Zie hierover uitgebreid hfdst. 7, par. 2.2.4.

144 Slot & Skudder 2001, p. 101.

een gebrek aan productiecapaciteit).¹⁴⁵ In de Elektriciteitswet en in de Gaswet is dit toezicht op de instandhouding van de infrastructuur en de productiecapaciteit ook geregeld.¹⁴⁶

Bovendien zijn de markten dusdanig technisch dat algemeen mededingingsrechtelijk toezicht niet volstaat en dat een gespecialiseerde toezichthouder nodig is. In dit verband wordt ook aangevoerd dat een algemene mededingingsautoriteit waarschijnlijk slecht is toegerust om om te gaan met constante geschillen over toegang en de voorwaarden waaronder die zou moeten plaatsvinden.¹⁴⁷ Deze voordelen wegen tot op heden zwaarder dan de nadelen, die er ook zijn: er wordt een extra instantie gecreëerd, hetgeen kan leiden tot bureaucratie en overlappende competenties.¹⁴⁸

Overigens is niet alleen sectorspecifieke regulering van belang als instrument om een monopolistische markt daadwerkelijk te liberaliseren. Van groot belang is ook de fusiecontrole.¹⁴⁹ In situaties waarin de voormalige nationale monopolisten moeten gaan concurreren, zal er ook een neiging bestaan om te fuseren. Het gaat immers om sterke marktpartijen die uitbreidingsmogelijkheden zien en daaraan wellicht de voorkeur geven boven het aangaan van de concurrentie met alle andere partijen.¹⁵⁰ Dit bergt het gevaar in zich dat de markt wordt opgedeeld in een paar zeer sterke spelers, die vervolgens de marktvoorwaarden dicteren. Zij consolideren dus hun machtspositie, in plaats van dat deze wordt beconcurrerd. Als er enkele grote spelers ontstaan, kan het zijn dat er geen partij is met een machtspositie, maar kan toch concurrentie behoorlijk worden belemmerd. Als de concurrentie toeneemt, heeft de onderneming die de toegang tot het netwerk of de faciliteit controleert mogelijkwerwijs geen machtspositie meer in de zin van artikel 82 EG-Verdrag en dan wordt de bepaling dus ineffectief om toegang af te dwingen.

Het voorgaande wil niet zeggen dat de Commissie iedere fusie in een markt die wordt geliberaliseerd afwijst. Zij heeft fusies goedgekeurd, als daarbij de negatieve effecten die voor de mededinging ontstaan werden opgeheven door

145 Zie hierover o.a.: Bakas & Van Gastel 2002, p. 145.

146 Zie met name art. 21 en 22 Elektriciteitswet en art. 8 en 9 Gaswet. De productie van met name elektriciteit was vrij, maar daar is met invoering van de wijzigingswet Elektriciteitswet en Gaswet verandering in gekomen. Onder andere gealarmeerd door de stroomstoringen in Californië is aan de Minister van EZ de bevoegdheid gegeven om, indien er te weinig productie-installaties worden gebouwd om de voorzieningen op peil te houden, de productiecapaciteit aan te besteden, conform art. 7 van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn. Zie Art. 9a wijzigingswet, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 372, nrs. 1-2.

147 Whish 2003, p. 668-669. Vgl. Cameron 2002, p. 245-246, die beschrijft hoe het EHvJ in de energiesector geen verplichtingen wilde opleggen zonder specifieke regulering en tegen de wens van sommige lidstaten in.

148 Slot & Skudder 2001, p. 103.

149 De concentratieverordening is verordening (EG) nr. 139/2004 (*PbEG* 2004, L 24/1).

150 Zo wordt verwacht dat in Europa vijf of zes grote elektriciteitsbedrijven (producenten) overblijven, aldus Huygen 2004, p. 13.

maatregelen die de fuserende bedrijven namen. Onder die maatregelen vielen in sommige gevallen ook toegangsverplichtingen.¹⁵¹

Van belang in het liberaliseringsproces kan ook zijn hoe kritisch wordt gekeken naar de speciale rechten die lidstaten op grond van artikel 86 EG-Verdrag mogen toekennen aan bepaalde ondernemingen. Aan artikel 86 EG-Verdrag wordt verder geen specifieke aandacht besteed in dit boek, omdat het artikel gericht is tegen de lidstaten en niet direct raakt aan contractdwang. Als achtergrond bij contractdwang is het wel van belang, omdat juist de ondernemingen die contractdwang ondervinden op grond van sectorspecifieke regulering, vaak ook ondernemingen zijn aan wie speciale bevoegdheden door de lidstaten zijn of waren verleend. Het is belangrijk om deze monopolies en exclusieve rechten te verminderen, wil mededinging op de betreffende markten op gang kunnen komen.¹⁵²

Ook van fusiecontrole of toepassing van artikel 81 of 86 EG-Verdrag kan echter niet alle heil worden verwacht. Gezamenlijke acties door ondernemingen zijn moeilijk te bewijzen en de procedures kunnen langdurig zijn.¹⁵³

4.3.5 De (aanvullende) rol van het algemeen mededingingsrecht

Voor weigering van levering of diensten waarvan de leveringsverplichting niet in de wet staat, derhalve geen directe contractdwang bestaat, is indirecte contractdwang natuurlijk van groot belang. Daarbij hoeft het dan ook niet alleen om de toegang tot netwerken te gaan, zie de jurisprudentie in hoofdstuk 7. Niet in alle gevallen is er sectorspecifieke regelgeving en in dat geval zal toepassing van het algemeen mededingingsrecht door de mededingingsautoriteiten voor een oplossing moeten zorgen.¹⁵⁴

Sectorspecifieke regelgeving wordt vaak beschouwd als een overgangsregime dat in de loop van tijd minder stringent dient te worden en uiteindelijk moet worden afgeschaft zodra een daadwerkelijke markt is ontstaan. In de telecommunicatiesector is met invoering van een nieuwe set richtlijnen, ook wel aangeduid als het 'nieuwe kader', een stap gezet naar minder regulering en meer overlaten aan het algemeen mededingingsrecht. Dat is met name gedaan door de mogelijkheid tot het opleggen van verplichtingen, met name toegangs- en interconnectieverplichtingen, te reserveren voor bedrijven die beschikken over een economische machtspositie.¹⁵⁵ In de Nederlandse Tw wordt dit aangeduid met de term: onderneming met aanmerkelijke markt-

151 Zie voor voorbeelden van goedgekeurde fusies in de energiesector, alsmede de maatregelen die de fuserende bedrijven hebben genomen om de negatieve effecten van de concentratie tegen te gaan en aldus goedkeuring van de Commissie te verkrijgen: Albers 2002, m.n. p. 920-924 en 930-931.

152 Zie voor de energiemarkt bijv. Cameron 2002, p. 204-205.

153 Slot & Skudder 2001, p. 94.

154 Doherty 2001, p. 434-435; De Rijke 2004, p. 30

155 Slot 2004, p. 456; Ottow & Prompers 2002.

macht. Die aanmerkelijke marktmacht werd voorheen aanwezig geacht bij een bepaald marktaandeel (25%), nu dient dit bepaald te worden volgens de algemene mededingingsregels, dus zoals de economische machtspositie zou worden bepaald bij toepassing van artikel 82 EG-Verdrag.¹⁵⁶ Toch is het niet zo, dat nu de sectorspecifieke ex-ante regulering wordt losgelaten. Dat zou betekenen dat er onderhandeld wordt over de toegang tot netwerken en over interconnectie, en dat alleen als een onderneming daarbij misbruik van machtspositie maakt, wordt ingegrepen. Deze ex-post benadering heeft echter belangrijke nadelen, zoals hierboven al werd aangestipt. De markt is nog niet in een dusdanig stadium van liberalisering dat hierop kan worden vertrouwd.

In de Telecommunicatiewet (Tw) is een stap naar minder regulering ook zichtbaar in onderhandelingen die over interconnectie moeten worden gevoerd, waar dit vroeger een rechtstreekse verplichting tot interconnectie was.¹⁵⁷

De sectorspecifieke regelgeving gaat in het algemeen boven de mededingingsregels. Daarmee is echter nog niet in alle gevallen de verhouding duidelijk.¹⁵⁸ Zo beïnvloedt het algemeen mededingingsrecht op zijn beurt ook de sectorspecifieke regulering. De Commissie leent concepten die in het algemeen mededingingsrecht zijn ontwikkeld, zoals het concept van de essential facilities.¹⁵⁹

Het algemeen mededingingsrecht is in beginsel (aanvullend) van toepassing,¹⁶⁰ ook indien er sectorspecifieke regulering bestaat. Dit maakt de situatie er niet altijd overzichtelijker op en er bestaat een gevaar van discrepanties tussen de beslissingen van de verschillende toezichthouders.¹⁶¹ In Nederland is onder andere om deze reden het beleid van de regering dat sectorspecifiek toezicht, met de bijbehorende regulering en toezichthouders, alleen gerechtvaardigd is als het algemene regime niet voldoet. Dit verklaart ook dat ervoor is gekozen om de Vervoerkamer en DTe als kamers bij NMa onder te brengen. Bovendien verloopt dan een eventuele overgang naar minder sectorspecifieke regulering en meer overlaten aan het algemeen mededingingsrecht soepeler.¹⁶²

156 Nihoul & Rodford 2004, p. 192-193, 283-290; Bavasso 2004, p. 96 en p. 111-112. Zie over de verplichtingen die in de telecommunicatiesector kunnen worden opgelegd nader hfdst. 4.

157 Zie nader hfdst. 4, par. 2.2.2.3.

158 Slot 2004, p. 454-455. Vgl. voor de telecommunicatiesector Nihoul & Rodford 2004, p. 5.

159 Bavasso 2004, p. 87 en p. 106-107.

160 Een goede illustratie van deze werking vormt de GVG beschikking (Beschikking van de Commissie van 27 augustus 2003, nr. 2004/33/EG (*PbEG* 2004, L11/17), besproken in hfdst. 7, par. 2.2.5. Daarin werd met behulp van artikel 82 EG-Verdrag de toegang tot een bepaald spoortraject afgedwongen, waar de toenmalige richtlijn in die specifieke toegangsverplichting niet voorzag.

161 Nihoul & Rodford 2004, p. 5.

162 De Ru & Peters 2000, p. 13; Vgl. Van Dijk 2000, p. 46-47 en p. 50; Visie op markttoezicht, Bijlage bij Brief van de Minister van EZ van 29 juni 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50, p. 8.

Indien sectorspecifieke regulering als overgangsregime wordt beschouwd dat zoveel mogelijk zou moeten worden losgelaten als de marktwerking toeneemt, bestaat de moeilijkheid dat vaak in dat geval ook het algemeen mededingingsrecht geen soelaas biedt. Zodra de ex-monopolist geen machtspositie meer heeft in de zin van artikel 82 EG-Verdrag, valt hij buiten het bereik van die bepaling. De sectorspecifieke regelgeving wordt echter ook minder stringent toegepast, omdat er meer marktwerking en meer concurrentie is ontstaan. Er is wel meer marktwerking, maar de markt is nog niet dusdanig ontwikkeld dat de toegang tegen redelijke voorwaarden wordt bewerkstelligd.¹⁶³ De uitdaging zal dus liggen in het bepalen welke sectorspecifieke verplichtingen kunnen verdwijnen en welke zeker moeten blijven. Daarbij zou het mij niet verbazen als het nodig blijkt om een deel van het sectorspecifiek toezicht permanent in stand te houden. Dat heeft te maken met de aard van de diensten waarover het gaat: het risico van een slecht functionerende energie-, telecommunicatie- of openbaar vervoermarkt is te groot. Het gaat in deze markten niet alleen om de marktwerking als zodanig, maar ook om de afhankelijkheid van het product of de dienst die wordt geleverd. Iedere weigering, met name aan eindgebruikers, is er een te veel en zou eigenlijk voorkomen moeten worden.

Het laten afnemen van verplichtingen die op voormalig monopolisten worden gelegd is overigens wel op zeker moment gerechtvaardigd. Minder regulering komt er dus wellicht niet, maar minder verplichtingen wellicht wel. Daar is ook wel iets voor te zeggen, omdat het opleggen van verplichtingen (waaronder contractdwang) een vergaande inbreuk vormt op de vrijheden van de eigenaren of beheerders van die infrastructuur. Het vormt een inbreuk op hun eigendomsrechten en op hun contractvrijheid. Deze inbreuken zijn ook niet zonder gevolgen voor de mededinging als zodanig: het kan ondernemingen huiverig maken om te investeren in infrastructuur, omdat ze die wellicht moeten delen met anderen. (Dit onderstreept ook het belang van de prijsstelling voor de toegang tot infrastructuur van anderen: als die te hoog is, komt er geen concurrentie op gang; is deze te laag, dan is dat onrechtvaardig ten opzichte van de eigenaar daarvan, die zijn investeringen niet kan laten renderen). Ook de concurrenten worden niet tot innovatie en investeringen geprikkeld, omdat zij gebruik kunnen maken van andermans infrastructuur.¹⁶⁴ De belangen van de beheerder van de infrastructuur worden opzij gezet in het belang van het ontstaan van marktwerking. Het is dan rechtvaardig dat deze belangenafweging opnieuw wordt gemaakt, als de markt zich ontwikkelt. Met name in de telecommunicatiemarkt is dat de insteek in de nieuwe regelgeving.

¹⁶³ Slot & Skudder 2001, p. 107-108.

¹⁶⁴ Zie hierover nader hfdst. 7, par. 2.2.4; Vgl. ook Arnbak & Mulder 2000, p. 109-110. In de MvT bij de Tw zijn deze overwegingen uitdrukkelijk 'meegenomen': *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 24-26.

Artikel 82 EG-Verdrag kan worden toegepast in een situatie waarin ook sectorspecifieke regulering geldt. Nu is het niet heel voor de hand liggend om dat te doen, in gevallen waarin bepaalde verplichtingen duidelijk in sectorspecifieke regulering zijn vastgelegd. Over het algemeen biedt directe contractdwang namelijk een betere bewijspositie dan indirecte contractdwang.¹⁶⁵ Bovendien is er bij sectorspecifieke regulering een specifieke toezichthouder aanwezig, waardoor het voor met name concurrenten die toegang tot faciliteiten wensen, voor de hand ligt om zich daartoe te wenden en niet zozeer tot een algemene mededingingsrechtelijke toezichthouder of bijvoorbeeld een civiele rechter.¹⁶⁶

De vraag naar de toepasselijkheid van het algemeen mededingingsrecht zal meer belang hebben, indien de concreet gewenste verplichting niet of niet zo duidelijk is geformuleerd.¹⁶⁷ In een sector die gereguleerd is door sector-specifieke regulering, kunnen niet geregelde verplichtingen via de aanvullende werking van het algemeen mededingingsrecht worden afgedwongen. De GVG-beschikking is daarvan een voorbeeld.¹⁶⁸ Daarin werden toegangsverplichtingen in het internationale spoorwegvervoer afgedwongen die (nog) niet in de toen geldende richtlijn waren opgenomen. In die zin is het algemeen mededingingsrecht, met name door de Commissie, ook wel gebruikt om liberalisering te bevorderen, bijvoorbeeld als het politieke proces bij het vast stellen van richtlijnen in een impasse raakte.¹⁶⁹ Er zijn echter grenzen aan wat de Commissie en rechters op grond van het algemeen mededingingsrecht kunnen bewerkstelligen. In de energiesector is dat in Europees verband bijvoorbeeld gebleken toen het Hof van Justitie geen verdere liberalisering wilde afdwingen, zonder dat er concrete normen voorlagen en tegen de zin van sommige lidstaten in.¹⁷⁰

Naast het hiervoor genoemde punt, geldt nog een aandachtspunt bij het bepalen van de verhouding tussen het algemeen mededingingsrecht en specifieke regelgeving. Wanneer in een concreet geval de sectorspecifieke regeling de mededinging beter bevordert dan toepassing van het algemeen mededingingsrecht, dan moet de bijzondere regeling voorgaan. Het is van belang in het oog te houden dat de sectorspecifieke wetgeving een ander doel kan hebben dan het algemeen mededingingsrecht. Als dat aspect wordt genegeerd,

165 Zie nader hfdst. 10. Vgl. Nihoul & Rodford 2004, p. 487, over het gebruik van sectorspecifieke regels bij het bewijs in algemeen mededingingsrechtelijke zaken.

166 Vgl. Nihoul & Rodford 2004, p. 344. Dit hoeft niet in alle gevallen op te gaan, met name niet voor individuele burgers die verstoken blijven van bepaalde diensten of producten. De procedures bij de toezichthouders zijn niet altijd zo ingericht, dat zij voor het individu voldoende effectief zijn. Zie daarover nader hfdst. 10.

167 Nihoul & Rodford 2004, p. 344.

168 Beschikking van de Commissie van 27 augustus 2003, nr. 2004/33/EG (*PbEG* 2004, L11/17). Zie daarover nader hfdst. 7, par. 2.2.5.

169 Zie voor de energiesector bijv. Albers 2002; Whish p. 947. Zie voor de telecomsector bijv. Buigues, Guersent & Pons 2001, p. 269-270.

170 Cameron 2002, p. 245-246.

dan kan het gebruik van het algemeen mededingingsrecht om toegang tot netwerken te bewerkstelligen in een sector waar ook sectorspecifieke regelgeving bestaat, zelfs contraproductief werken. Het US Supreme Court heeft dat in een recente uitspraak uiteengezet. Het gaat om de zaak 'Verizon'¹⁷¹, met betrekking tot de verhouding tussen de Telecommunications Act 1996 (sectorspecifieke wetgeving) en de Sherman Act (het algemeen mededingingsrecht).

Verizon

Verizon Communications Inc. (Verizon) is de lokale monopolist voor telecommunicatie in de staat New York. Vóór de invoering van de Telecommunications Act van 1996 had Verizon een exclusief recht in haar leveringsgebied. Het doel van de wet is om dergelijke monopolies af te schaffen en concurrentie in te voeren. Daartoe wordt ook een verplichting ingevoerd om het netwerk met concurrenten te delen. Verizon geeft daaraan gehoor door interconnectieovereenkomsten met concurrenten als AT&T te sluiten. Tevens heeft Verizon de gelegenheid te baat genomen om de niet-lokale markt te betreden. Daartoe moest aan wettelijke voorwaarden worden voldaan, waaronder voorwaarden met betrekking tot het delen van netwerken. In 1999 klaagden concurrenten tegen toezichthouders dat Verizon niet afdoende voldeed aan haar verplichting om toegang tot haar systeem te verlenen. Twee verschillende toezichthouders onderzochten de zaak. Dit leidde tot het opleggen van verschillende maatregelen door de toezichthouders. In 2000 werden deze maatregelen deels weer opgeheven.

Vervolgens deponereert Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP (Trinko) een klacht tegen Verizon bij het District Court. Trinko is een advocatenkantoor uit New York en een klant van AT&T. Volgens Trinko discrimineert Verizon bij de afwikkeling van telefoongesprekken ten nadele van klanten van concurrenten. Zij voldoet aldus niet ten volle aan haar interconnectieverplichtingen. In hoger beroep werd de klacht gedeeltelijk toegewezen. Het US Supreme Court is echter van mening dat er geen grond voor toewijzing is onder de Sherman Act (dat is het algemeen mededingingsrecht). De overwegingen van het US Supreme Court zijn als volgt.

Onder de sectorspecifieke wet, de Telecommunications Act 1996, ondervindt degene die de toegang tot het netwerk beheert, verschillende toegangsverplichtingen. Het US Supreme Court stelt de vraag of dit betekent dat uit de wet moet worden afgeleid dat er geen algemene mededingingsrechtelijke 'claim' meer kan komen. Uit de wet blijkt echter uitdrukkelijk dat dit niet de bedoeling is: het algemeen mededingingsrecht is dus wel degelijk naast de wet van 1996 van toepassing. De wet van 1996 is echter ook niet bedoeld om verdergaande

171 540 U.S. (2004), Supreme Court of the United States 13 januari 2004, nr. 02-682 (Verizon Communications inc. v Law offices of Curtis V. Trinko, LLP).

verplichtingen op te leggen dan de bestaande mededingingsrechtelijke standaarden.¹⁷²

Als er een mededingingsrechtelijke claim is, dan is die er omdat de Sherman Act 'declares that a firm shall not monopolize or attempt to monopolize', aldus het US Supreme Court. Het enkele bezit van een monopoliepositie is op zichzelf niet onrechtmatig; het is zelfs een belangrijk element van het vrije marktsysteem. De mogelijkheid om monopolistische prijzen te vragen, trekt investeerders en lokt uit tot het nemen van risico's, hetgeen innovaties en economische groei ten goede komt. Ondernemingen kunnen ook een monopolie verkrijgen doordat ze infrastructuur opzetten, die hen bij uitstek geschikt maakt om hun klanten te bedienen. Als deze ondernemingen worden gedwongen om hun infrastructuur te delen, levert dat een zekere spanning op met het onderliggende principe van het mededingingsrecht, omdat het de aansporing om te investeren voor de monopolist, voor de concurrent of voor beide vermindert, aldus nog steeds het US Supreme Court. Bovendien vereist deze verplichte toegang van concurrenten tot infrastructuur dat de voorwaarden daarvan worden bepaald en dat leidt ertoe dat mededingingsautoriteiten als centrale planners moeten optreden, een rol waarvoor zij slecht zijn toegerust. In zijn algemeenheid beperkt de Sherman Act dus niet het recht van een privaat opererende onderneming om zijn eigen onafhankelijke beslissingen te nemen over met wie hij wil onderhandelen, aldus het US Supreme Court. Toch kan ook volgens het US Supreme Court niet altijd worden geweigerd om met anderen overeenkomsten te sluiten.¹⁷³

De argumenten die het US Supreme Court hier te berde brengt, worden ook gebezigd bij de vraag naar de reikwijdte van de essential facilities doctrine. Het dilemma is dat enerzijds toegang tot essential facilities nodig is om tot marktwerking te kunnen komen, met name in een markt die zich in een overgang van monopolie naar concurrentie bevindt, anderzijds dat te ver doorgevoerde verplichtingen uiteindelijk kunnen leiden tot een vermindering van de mededinging, omdat de investeringen achter blijven. Bovendien maken verplichtingen inbreuk op de eigendomsrechten en de contractvrijheid van de eigenaar van het netwerk.¹⁷⁴

Volgens het US Supreme Court maakt de uitvoerige regeling die de wet van 1996 geeft voor toegang, het onnodig om een toegangsverplichting op grond van het algemeen mededingingsrecht op te leggen.¹⁷⁵ Van bijzonder belang is, volgens het US Supreme Court, het bestaan van specifieke regels die ontworpen zijn om schade aan de mededinging te voorkomen en er een remedie tegen te geven. Waar een dergelijke regulering bestaat, zal de toegevoegde waarde van het algemeen mededingingsrecht klein zijn. Daar waar

172 Zie onder II van de uitspraak.

173 Onder III van de uitspraak.

174 Zie hierover nader hfdst. 7, par. 2.2.4.

175 Onder III van de uitspraak.

helemaal geen regelgeving bestaat, kan het algemeen mededingingsrecht juist een nuttige functie hebben, die ook tegen zijn soms grote nadelen opweegt. De regulering in deze zaak illustreert hoe, in sommige omstandigheden, regulering onwaarschijnlijk maakt dat er schade aan de mededinging wordt toegebracht. Gezien ook de maatregelen die al zijn genomen door de twee toezichthouders valt te concluderen dat het specifieke regime zijn werk goed doet, en dus waakt tegen de beperking van de mededinging.

In dit geval zijn er dus weinig voordelen te behalen met toepassing van het algemeen mededingingsrecht, volgens het US Supreme Court, en moet dat dus des te sterker worden afgewogen tegen een realistische schatting van de nadelen. De toepassing van het algemeen mededingingsrecht is lastig, omdat de redenen om te weigeren velerlei kunnen zijn. Wanneer men zich daarin vergist, dan is de prijs hoog, omdat het gedrag dat juist bevorderd moet worden, te weten mededinging, wordt afgestraft en daarmee wordt belemmerd. Het is dus belangrijk dat alleen echte schendingen van het mededingingsrecht worden aangepakt, maar tegelijkertijd zijn mededingingsautoriteiten en rechters niet steeds goed toegerust om dit te bepalen. Dit komt doordat het gaat om technische zaken, omdat het in potentie om heel veel zaken gaat en omdat het gaat om toegangsverplichtingen die eigenlijk dagelijks gecontroleerd zouden moeten worden.¹⁷⁶

Het US Supreme Court oordeelt tot slot dat de sectorspecifieke wet, de Telecommunications Act 1996, in dit geval verdergaand is dan het algemeen mededingingsrecht. De Act 1996 probeert namelijk om de monopolies van de voormalige monopolisten te elimineren. Het algemeen mededingingsrecht, in dit geval Section 2 van de Sherman Act, heeft enkel tot doel 'unlawful monopolization' te voorkomen.

Volgens het US Supreme Court moeten deze doelen niet worden verward. De Sherman Act geeft rechters geen carte blanche om een monopolist zijn gedrag te laten veranderen, wanneer een andere aanpak de mededinging beter bevordert. Er is geen schending van de Sherman Act door Verizon.

Uit de Verizon zaak is af te leiden dat de aanvullende werking van het mededingingsrecht niet zonder meer wil zeggen, dat het mededingingsrecht dan ook altijd maar moet worden toegepast als de sectorspecifieke regeling niet in een bepaalde toegangsverplichting voorziet. Het gaat om een zaak uit de VS, die in Europa dus niet direct als precedent geldt, maar de gedachtegang van het US Supreme Court is de moeite van het bestuderen waard.¹⁷⁷ Het algemeen mededingingsrecht kan inderdaad een aanvulling vormen op bestaande regelgeving, of zelfs een voorloper van sectorspecifieke regulering zijn. Anderzijds dient in sommige gevallen ook te worden geconcludeerd dat er een uitgebalanceerd stelsel van sectorspecifieke regulering bestaat, met toezichthouders die hun werk doen (zoals ook in deze Verizon zaak het geval

176 Zie onder IV van de uitspraak.

177 Zie over de betekenis van Verizon voor het EU mededingingsrecht nader Geradin 2004.

was). Indien in laatstgenoemd geval een bepaalde vorm van toegang niet geregeld is, bestaat de mogelijkheid dat het ook niet de bedoeling is dat die vorm van toegang wordt afgedwongen, althans niet, met doorkruising van een afgewogen stelsel van gereguleerde verplichtingen, zou moeten worden afgedwongen door toepassing van het algemeen mededingingsrecht.¹⁷⁸

5 CONCLUSIE

Aan de aanbodzijde van de energiemarkt bestaan monopolies, wettelijk en natuurlijk. Aan de vraagzijde bestaat een grote afhankelijkheid van het product energie. Deze marktonevenwichtigheid wordt onder andere gecorrigeerd door contractdwang te leggen op de netbeheerder en de leverancier. Indien de markt zelf in voldoende mate toegang tot het net en levering van energie bewerkstelligt, verdwijnt de noodzaak tot het opleggen van contractdwang. Voor wat betreft het leidingnetwerk zal deze situatie zich nooit voordoen: meer dan één landelijk dekkend netwerk zal zich bij elektriciteit en gas niet ontwikkelen. Hooguit zullen in bepaalde gebieden (bijvoorbeeld in de grensgebieden) meerdere gasleidingen komen. Contractdwang blijft dus bestaan waar het gaat om de toegang tot het netwerk.¹⁷⁹ Contractdwang die is opgelegd aan de leveranciers zou bij een goede marktwerking overbodig kunnen worden. De directe contractdwang is al deels verdwenen voor de leverancier van energie: alleen ten aanzien van kleinverbruikers geldt hij nog.

De energieleveringbedrijven hadden voor wat betreft de beschermde afnemers nog een wettelijk monopolie tot medio 2004. Sindsdien bestaat dit monopolie niet meer: ieder bedrijf mag leveren aan kleinverbruikers. Wel is er dan nog steeds een vergunning nodig om te mogen leveren aan kleinverbruikers, maar die vergunning wordt in beginsel aan ieder bedrijf verleend dat aan de criteria voldoet. De vergunning is geldig voor heel Nederland en niet slechts voor een bepaalde regio, zoals de vergunningen voor levering aan beschermde afnemers die tot 1 juli 2004 golden. Kortom: er blijft wel een

¹⁷⁸ Vgl. ook Nihoul & Rodford 2004, p. 42-44, over de tegenstrijdigheden die onvermijdelijk optraden in de telecommunicatiesector toen daar enerzijds de Commissie op basis van het algemeen mededingingsrecht in tal van gevallen ingreep en anderzijds de politiek (en de wetgever), in de vorm van de Raad van Europa en het Europees Parlement tot regelgeving overging. Zij streefden ook verschillende, hoewel niet noodzakelijkerwijze tegenstrijdige, doelen na: de regulering was met name gericht op het tot stand brengen van de interne markt en de toepassing van het algemeen mededingingsrecht was met name gericht op het bevorderen van de mededinging. Zie ook Prosser 1997, p. 270-276, die aangeeft dat regulering om de mededinging te bevorderen en regulering bij monopolies en toegang, twee verschillende typen regulering zijn. In het laatste geval is niet-aflatende controle nodig, hetgeen iets anders is dan het creëren van de omstandigheden waarin competitie kan bestaan, waar het algemeen mededingingsrecht op ziet.

¹⁷⁹ Dit hangt samen met de notie dat sectorspecifieke ex-ante regulering noodzakelijk zal blijven.

vergunningenstelsel bestaan, maar het gaat niet meer om exclusieve vergunningen. Ten aanzien van de levering aan de grotere afnemers geldt al langer geen wettelijk monopolie meer.

Met het verdwijnen van het monopolie voor de leverantie, is ook de directe contractdwang die op de leveranciers werd gelegd grotendeels verdwenen, behalve ten behoeve van de kleinverbruiker. Ik ben van mening dat indirecte contractdwang zich zal blijven voordoen in de verhouding tussen leverancier en afnemer, ook nu dit gedeelte van de energiemarkt geliberaliseerd is en wel om de volgende redenen.

In de eerste plaats blijft de afhankelijkheid van het product energie bestaan. Ook op een volledig concurrerende markt zal het feit dat het gaat om de levering van eerste levensbehoeften een beperking van de mogelijkheid om een contract te weigeren inhouden. De beperking wordt minder als de energie ook bij een ander verkrijgbaar is, maar de rechter of een toezichthouder zal bekijken of die mogelijkheid ook feitelijk bestaat. Niet alleen heeft men recht op een ongestoorde energievoorziening, maar de prijs en de overige voorwaarden moeten ook redelijk zijn.¹⁸⁰ Om die reden heeft de Tweede Kamer ook de directe contractdwang voor de kleinverbruiker gehandhaafd, terwijl DTe een maximumtarief kan vaststellen.¹⁸¹

Ten tweede vormt een concurrerende markt aan de aanbodzijde geen garantie dat de energievoorziening overal optimaal is. Indien de aanbieders van energie zich allen op de dichtbevolkte, en daarmee lucratieve, gedeelten van de markt storten, dan kan ondanks de concurrentie in de markt toch een gebrek aan energie in verschillende delen van het land ontstaan. Dat beseftte ook de staatssecretaris van Economische Zaken, die in een brief aan de Tweede Kamer aangaf dat ook bij volledige marktwerking de aansluitzekerheid van onrendabele percelen gewaarborgd moet worden.¹⁸²

180 Een illustratie avant la lettre biedt Pres. Rb. Alkmaar 3 oktober 1997, *KG* 1998, 52 en Loos 1998b, p. 136 e.v.

181 Toevoegingen aan art. 95 b Elektriciteitswet en art. 44 Gaswet, zoals voorgesteld in (het inmiddels ingevoerde) wetsvoorstel wijziging Elektriciteitswet en Gaswet, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 372, nrs. 1-2.

182 Brief van Staatssecretaris EZ over Consumentenbeleid, *Kamerstukken II* 1996/97, 23 162, nr. 7, p. 13. Vgl. ook de achtergrond van universele dienstverplichtingen, waarover eerder par. 4 van dit hfdst.

3 | Openbaar personenvervoer

1 INLEIDING

1.1 Algemeen

In het openbaar vervoer rust contractdwang op de beheerder van de hoofdspoorwegen en op de openbaar vervoerders, zowel op de openbaar vervoerder per trein als op de openbaar vervoerder over de weg.

Dit hoofdstuk gaat over openbaar personenvervoer. Het vrachtvervoer komt niet aan de orde.

Het openbaar vervoer is geregeld in een aantal – met name publiekrechtelijke – wetten, besluiten en regelingen. De belangrijkste zijn de Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000) en het daarop gebaseerde Besluit personenvervoer, de Spoorwegwet en het daarop gebaseerde Algemeen Reglement Vervoer (ARV)¹ en de privaatrechtelijke Wet overeenkomst binnenlands openbaar personenvervoer (WOBOP).²

1.2 Openbaar vervoer per trein

1.2.1 Inleiding

Bij het openbaar vervoer per trein wordt een scheiding aangebracht tussen het beheer van de infrastructuur en het vervoer zelf. Bij het openbaar vervoer over de weg speelt het beheer van de infrastructuur geen rol voor wat het onderwerp contractdwang betreft. Rijkswaterstaat onderhoudt uit de algemene middelen de wegen, maar contracteert niet met de gebruikers van deze wegen, ook niet met de openbaar vervoerders. Bij het vervoer over het spoor wordt wel door de beheerder van de infrastructuur gecontracteerd met het – beperkt – aantal vervoerders.³

1 Gebaseerd op de (oude) Spoorwegwet 1875 en inmiddels gebaseerd op art. 116 nieuwe Spoorwegwet.

2 Opgenomen in boek 8, titel 2, afdeling 5 BW.

3 Het gaat om ongeveer 20 vervoerders, zie de lijst van erkende vervoerders op de website van de inspectie verkeer en waterstaat, <www.ivw.nl>, onder 'toegelaten bedrijven'. Hier vallen ook bedrijven onder die zich alleen met goederenvervoer bezig houden.

De huidige Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000) regelt het openbaar vervoer, het besloten busvervoer en het taxivervoer over de openbare weg, alsmede het openbaar vervoer over railwegen en langs geleidesystemen. Hiertoe behoren dus ook de trein, de tram en de metro. Er is ook een nieuwe Spoorwegwet.⁴ De Spoorwegwet ziet ook op lokale spoorwegen, waarmee metro en tram worden bedoeld, maar de meeste regels hebben betrekking op het treinvervoer over hoofdspoorwegen.

De verdeling van de onderwerpen over de wetten is als volgt: onderwerpen die met álle gebruik van het spoor te maken hebben, dus ook onderwerpen die van belang zijn voor het goederenvervoer, zijn geregeld in de Spoorwegwet, onderwerpen die specifiek met het vervoer van personen te maken hebben staan in de nieuwe Concessiewet personenvervoer per trein (die aanpassingen van de Wp 2000 behelst).⁵ Deze nieuwe wetten voeren deels verscheidene Europese richtlijnen ter liberalisering van de spoorwegmarkt uit.⁶

1.2.2 Beheer hoofdspoorweginfrastructuur

Het beheer van de landelijke hoofdspoorweginfrastructuur wordt verricht op basis van een concessie die per 1 januari 2005 door de Minister van Verkeer en Waterstaat is verleend aan de beheerder ProRail.⁷ Het beheer omvat de zorg voor de kwaliteit, betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de infrastructuur, de verdeling van de capaciteit en de verkeersleiding.⁸

4 *Stb.* 2003, 264. In werking getreden op 1 januari 2005.

5 Aldus de MvT bij de Spoorwegwet, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 3, p. 4. Concessiewet personenvervoer per trein: *Stb.* 2003, 265. In werking getreden op 1 januari 2005.

6 Richtlijn nr. 91/440/EEG (*PbEG* 1991, L 237), gewijzigd bij richtlijn nr. 2001/12/EG (*PbEG* 2001, L 75/1) over de scheiding van beheer en exploitatie van spoorwegen; richtlijn nr. 95/18/EG (*PbEG* 1995, L 143/70), gewijzigd bij richtlijn nr. 2001/13/EG (*PbEG* 2001, L 75/26) over de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen; richtlijn nr. 96/48/EG (*PbEG* 1996, L 234) over de interoperabiliteit van het transeuropees hogesnelheidsspoorwegsysteem en richtlijn nr. 2001/16/EG (*PbEG* 2001, L 110) over de interoperabiliteit van het conventionele trans-Europese spoorwegsysteem. Inmiddels is er ook een zogeheten Tweede Spoorwegpakket, dat in april 2004 is goedgekeurd en dat omvat richtlijn 2004/49/EG over spoorwegveiligheid, richtlijn 2004/50/EG betreffende de aanpassing van beide interoperabiliteitsrichtlijnen, richtlijn 2004/51/EG, houdende aanpassing richtlijn 91/440/EEG en verordening 881/2004 over de oprichting van een Europees spoorwegbureau en het besluit tot deelname van de EU aan de organisatie OTIF (van het spoorwegverdrag COTIF).

7 Zie Brief minister V&W 21 december 2004, *Kamerstukken II* 2004/05, 27 482 en 27 216, nr. 113. ProRail is de naam waaronder sinds 1 januari 2003 de taakorganisaties Railinfrabeheer B.V., Railned B.V. en Railverkeersleiding B.V. samenwerken. Deze taakorganisaties zijn ontvlecht uit de organisatie van NS. De aandelen zijn per 1 juli 2002 overgedragen aan de Staat. De taakorganisaties zullen fuseren tot ProRail B.V. Hierop vooruitlopend werken zij al samen onder de naam ProRail.

8 Art. 16 Spoorwegwet, *Stb.* 2003, 264.

Railinfratruster BV (dit is nu de houdstermaatschappij van Railinfrabeheer BV, Railverkeersleiding BV en Railned BV)⁹ is op dit moment de juridisch eigenaar van de hoofdspoorweginfrastructuur. De economische eigendom berust bij Railinfrabeheer BV. Artikel 125 Spoorwegwet bepaalt dat indien de Staat houder is van alle aandelen in het kapitaal van Railinfratruster BV, op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip alle vermogensbestanddelen van deze vennootschap onder algemene titel, om niet, overgaan op de Staat. Dat betekent dat de Staat dan eigenaar is van de hoofdspoorweginfrastructuur. Momenteel worden de voor- en nadelen van deze overgang onderzocht.

1.2.3 Vervoer

NS is in 1995 verzelfstandigd. Er is toen een overeenkomst gesloten tussen de overheid en NS waarin onder andere afspraken over de subsidieregeling zijn gemaakt. NS was vrij om zelf de dienstregeling te bepalen. Ook mocht NS binnen in het contract vastgelegde grenzen zelf de tarieven bepalen.¹⁰

Sinds 2000 krijgt NS geen subsidie meer van de overheid voor het reizigersvervoer. Dat betekent dat ook niet meer geëist kan worden dat zij onrendabele trajecten blijft bedienen.¹¹ De NS biedt deze trajecten ter contractering aan de overheid aan: indien de overheid besluit dat op bepaalde trajecten de trein moet blijven rijden, dan huurt zij daarvoor de NS in. De Minister van Verkeer en Waterstaat neemt dus uiteindelijk de beslissing over het al dan niet in stand blijven van een bepaald traject.¹² De minister hanteert hierbij criteria die te maken hebben met de kostendeckingsgraad, het gebruik dat van een spoor-dienst wordt gemaakt, de adviezen van de regionale overheden en de mogelijkheden van alternatief (met name bus)vervoer. Andere personenvervoerders per trein dan NS zijn NoordNed in Friesland en Groningen, Syntus in de Achterhoek en Connexxion op de lijn Almelo-Mariënborg. Voor de HSL Zuid is een concessieovereenkomst gesloten met High Speed Alliance, een samenwerkingsverband van NS en KLM.

Na de overeenkomst uit 1995 is een aantal malen een nieuwe overeenkomst gesloten, voor het laatst op 1 juli 2002. Het contract tussen de Staat en NS over het vervoer van het hoofdrailnet is toen verlengd, totdat er een concessie ingevolge de wet kon worden verleend (hetgeen per 1 januari 2005 is gebeurd). Ook voor de contractsectorlijnen zal NS concessies krijgen. De concessieovereenkomst met High Speed Alliance zal eveneens worden omgezet in een concessie. In 2000 werd een overgangscontract gesloten waarbij prijsafspraken zijn

9 Dit zijn dezelfde taakorganisaties als die samenwerken onder de naam ProRail. ProRail is de handelsnaam van Railinfratruster.

10 De Groot & De Haaij 1998, p. 144.

11 Brief van de Minister van V & W van 20 mei 1998, *Kamerstukken II* 1997/98, 18 986, nr. 42, p. 1; De Groot & De Haaij 1998, p.142-148; Meurer 1996, p. 9-10.

12 Vragen van de vaste commissie voor V & W met antwoorden van de minister, 18 december 1995, *Kamerstukken II* 1995/96, 18 986, nr. 18, p. 8-13.

gemaakt over de groei in de spits en punctualiteit, het minimum voorzieningenniveau en de bediening van de stations. Tevens is een tariefplafond voor de 2e klas afgesproken.¹³ De eisen uit dit contract van 2000 zijn in de verlengingsovereenkomst deels losgelaten. NS bleek met name niet aan de geëiste punctualiteitseisen te kunnen voldoen. Dit leidde tot het wisselen van de NS directie.

Met de invoering van de Concessiewet personenvervoer per trein op 1 januari 2005, is de regeling van het treinvervoer gewijzigd. De concessies voor personenvervoer per spoor worden voor het hoofdrailnet verleend door de Minister van Verkeer en Waterstaat, voor de regionale netten door Gedeputeerde Staten, respectievelijk de besturen van de zogeheten kaderwetgebieden.¹⁴ Regionale delen van het spoorwegnet zullen dus worden aanbesteed door de regionale overheid. De concessie voor personenvervoer op het hoofdrailnet is door de rijksoverheid gegund aan NS.¹⁵ De concessie voor openbaar vervoer per trein zal niet aan de maximumduur van zes jaar worden gebonden, maar eindigt op een in de concessie genoemde termijn. Die termijn hangt onder andere af van de investeringen die er in materieel en infrastructuur moeten worden gedaan en die niet steeds in zes jaar kunnen renderen.¹⁶ Waarschijnlijk zal de duur van de concessie 10 jaar zijn, dat wil zeggen dat hij afloopt per 1 januari 2015.¹⁷

1.3 Openbaar vervoer over de weg

De Wp 2000 werkt met een concessiestelsel: vervoerders kunnen meedingen naar de mogelijkheid om vervoer op een bepaald regionaal traject uit te oefenen. Artikel 19 bepaalt dat het verboden is om openbaar vervoer te verrichten zonder een daartoe verleende concessie.

Voor het openbaar vervoer anders dan per trein is Gedeputeerde Staten de bevoegde instantie, behalve voor de zogeheten kaderwetgebieden, daarvoor is het dagelijks bestuur van het kaderwetgebied bevoegd.¹⁸ In een 16-tal cen-

13 Zie hierover bijlage 5 bij het Eindrapport werkgroep Benuttingsmaatregelen Spoor 2002.

14 Art. 20 Wp 2000, *Stb.* 2003, 265.

15 De concept vervoerconcessie, *Kamerstukken II* 2003/04, 27 482, nr. 91, gaat uit van verlening van de concessie aan N.V. Nederlandse Spoorwegen. Dit concept is door de Tweede Kamer niet geaccepteerd. De minister heeft opnieuw met NS moeten onderhandelen over de vervoerconcessie. Omdat men de Concessiewet personenvervoer per trein en de Spoorwegwet per 1 januari 2005 in werking wilde laten treden, maar dit niet kon als de beheersconcessie en vervoerconcessie niet geregeld waren, zijn de concessies nu verleend onder de voorwaarde dat zij later nog kunnen worden gewijzigd. Zie Brief van de Minister van V&W 21 december 2004, *Kamerstukken II* 2004/05, 27 482 en 27 216, nr. 113.

16 Art. 24 leden 4, 5 en 6 Wp 2000.

17 Volgens de versie van de concessie zoals opgenomen in de bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 27 216, nr. 47.

18 Art. 20 Wp 2000.

trumgemeenten, die onder de oude Wet personenvervoer waren aangewezen en een financiële bijdrage van het Rijk kregen, zijn B&W van de betreffende gemeente bevoegd tot het verlenen van de concessies. De centrumgemeenten zijn bevoegd voor al het openbaar vervoer binnen de gemeentegrenzen, dus ook voor interlokaal vervoer dat voorheen onder de provincie viel.¹⁹

Een concessie wordt in beginsel via een aanbestedingsprocedure vergeven. Vanaf 1 januari 2006 moeten de concessies in ieder geval worden aanbesteed en vervallen alle concessies die zonder aanbesteding zijn verleend.²⁰

Een concessie bevat een omschrijving van het openbaar vervoer en van het gebied waarvoor de concessie is verleend en heeft een maximale duur van zes jaar.²¹ De concessieverlener stelt ten behoeve van aanbesteding van een concessie een programma van eisen vast.²² Dat programma van eisen heeft mede betrekking op de bereikbaarheid in het gebied waarvoor een concessie wordt verleend en op de functie van het openbaar vervoer voor degenen die daarvan afhankelijk zijn.

Om voor een concessie krachtens aanbesteding in aanmerking te komen, moet de vervoerder beschikken over een verklaring van geen bezwaar. Een verklaring van geen bezwaar wordt uitsluitend verleend aan een vervoerder wiens marktaandeel in de Nederlandse markt voor openbaar vervoer niet groter is dan het aandeel zoals dat krachtens algemene maatregel van bestuur is vastgesteld. De verklaring van geen bezwaar moet worden afgegeven door de Vervoerkamer van de NMa.²³ Op deze manier wordt beoogd meerdere aanbieders in Nederland te krijgen en machtsconcentraties tegen te gaan. De minister heeft besloten om voorlopig de betreffende artikelen nog niet in werking te laten treden, omdat daar geen aanleiding toe is. Deze conclusie is gebaseerd op een onderzoek naar de concurrentieverhoudingen op de openbaar vervoermarkt.²⁴

De trajecten waarvoor concessies worden aanbesteed zullen veelal pakketten van rendabele en onrendabele trajecten zijn, want indien de concessieverleners bepaalde trajecten niet in combinatie aanbesteden, zijn voor de onrendabele trajecten geen gegadigden te vinden.²⁵

Behalve een concessie is ook een vergunning nodig om openbaar vervoer te mogen verrichten.²⁶ Dit geldt ook voor het treinvervoer.²⁷ Aan de vergunning kunnen voorschriften worden verbonden. Zo dient de vervoerder te

19 Art. 20 Wp 2000; Leijenaar 2001, p. 14.

20 Art. 63 Wp 2000.

21 Art. 24 Wp 2000.

22 Art. 44 Wp 2000.

23 Art. 53 en art. 56 e.v. Wp 2000. Deze bepalingen over de verklaring van geen bezwaar zijn deels nog niet in werking getreden.

24 *Kamerstukken II* 2003/04, 28 977, nr. 5, p. 8 en *Kamerstukken II* 2002/03, 23 645, nr. 57.

25 Aldus de MvT bij de Wp 2000, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 4.

26 Art. 4 Wp 2000.

27 Art. 28 e.v. Spoorwegwet.

voldoen aan de eisen van betrouwbaarheid, kredietwaardigheid en vakbekwaamheid.²⁸

Er kan volgens de Concessiewet ook een malusregeling aan een concessie worden verbonden: indien de vervoerder de afspraken uit de concessie niet nakomt, dient hij aan de concessieverlener een boete te betalen.²⁹

De Wp 2000 geldt ook voor het taxivervoer, dat vrijwel volledig is geliberaliseerd. Er is geregeld dat de minister een maximumtarief voor het taxivervoer kan vaststellen.³⁰ Verder kunnen bij algemene maatregel van bestuur regels gesteld worden betreffende de minimale beschikbaarheid van het taxivervoer, het kenbaar maken van de tarieven en de administratie die de vervoerder dient te voeren.³¹ Het kan nodig zijn om het eerste punt, de minimale beschikbaarheid van het taxivervoer, te reguleren omdat taxivervoer als onderdeel van openbaar vervoer wordt gezien. Daarom hadden voordat de taximarkt werd geliberaliseerd, veel lagere overheden een zogenaamde 24-uursverplichting opgelegd, hetgeen wilde zeggen dat er altijd een taxi beschikbaar moest zijn. Dat geldt nu niet meer. In afgelegen gebieden is 's avonds regelmatig geen taxi meer te vinden, omdat de chauffeurs volgens de CAO 's avonds en in het weekeinde 200% moet worden betaald. Voor veel bedrijven rendeert het dan niet om taxi's te laten rijden.³²

De minister gaat gebruik maken van de bevoegdheid om nadere regels te stellen. Daar is om gevraagd, omdat er veel klachten zijn over de geliberaliseerde taximarkt. De tarieven zijn sinds de liberalisering flink gestegen.³³ De reden dat de vrije markt (nog) niet goed werkt is dat de consument feitelijk in veel gevallen nog geen goede keuze kan maken. Vaak zijn de taxistandplaatsen nog zo ingericht dat de taxi's in een rij staan, waardoor men snel geneigd is de eerste taxi in de rij te nemen. Soms ook wordt men door een chauffeur naar de eerste taxi verwezen. In de tweede plaats kan de consument niet goed zien wie kwaliteit levert en wie niet. Het aantal taxi's is enorm toegenomen. Sommige taxichauffeurs rijden om, anderen weten de weg niet of spreken nauwelijks Nederlands. De consument kan dat echter niet op voorhand beoordelen en heeft dus een informatieachterstand. In een markt waarin deze zogenaamde informatie-asymmetrie voorkomt, kan regulering dan ook aangewezen zijn.

De voorgestelde maatregelen behelzen onder andere de invoering van een chauffeursexamen, het vanaf 2 meter van de taxi zichtbaar maken van de tarieven alsmede het instellen van een transparante tariefstructuur, zodat

28 Art. 9 Wp 2000.

29 Art. 32 lid 5 Wp 2000.

30 Art. 84 en 85 Wp 2000.

31 Art. 86 Wp 2000.

32 *De Volkskrant* 22 januari 2002.

33 Brief van de Minister van V&W 5 september 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 25 910, nr. 44 en *Kamerstukken II*, 2003/04, 25 910, nr. 49.

vooraf beter te voorspellen is wat een taxirit ongeveer kost.³⁴ Ook is inmiddels een geschillencommissie Taxi opgericht.³⁵

1.4 Plan van behandeling

In de volgende paragraaf wordt uiteengezet op welke wetsbepalingen de contracteerplichten van de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur respectievelijk de openbaar vervoerders zijn gebaseerd. In paragraaf 3 komen de uitzonderingen op de contractdwang aan de orde. Paragraaf 4 gaat over de ratio van contractdwang in het openbaar vervoer en paragraaf 5 besluit het hoofdstuk met een conclusie.

2 CONTRACTDWANG

2.1 Inleiding

De concessieverlening zelf levert geen contractdwang op. Contractdwang wil zeggen 'contracteerplicht': de verplichting om een overeenkomst te sluiten. Een concessie kan gebaseerd zijn op een privaatrechtelijke overeenkomst, of op een bestuursrechtelijk besluit.³⁶ In de Wp 2000 vindt concessieverlening plaats op basis van een besluit. Het besluit kan weliswaar pas worden genomen nadat de vervoerder de concessievoorwaarden heeft aanvaard, maar de concessieverlening zelf is in het geval van de Wp 2000 een publiekrechtelijk besluit. Dit geldt eveneens voor de beheerconcessie die op grond van artikel 16 Spoorwegwet wordt verleend. Ook verlening hiervan berust op een publiekrechtelijk besluit. Er wordt dus geen overeenkomst gesloten tussen concessieverlener en concessiehouder en reeds daarom is geen sprake van contractdwang.

Afgezien daarvan is er ook geen dwang: de vervoerder is niet verplicht een concessie te aanvaarden en de overheid is niet verplicht een concessie te

34 Bij besluit van 2 juni 2004 is art. 76 van het Besluit Personenvervoer gewijzigd: er is een eis van vakbekwaamheid toegevoegd aan de al geldende eisen van een geldig rijbewijs, een recente geneeskundige verklaring en een recente verklaring omtrent het gedrag. Aan de eis van vakbekwaamheid is voldaan als de chauffeur bepaalde examens met goed gevolg heeft afgelegd. *Stb.* 2004, 252. Zie over de transparantere tariefstructuur: brief van de Minister van V & W van 10 september 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 25 910, nr. 51. Bij besluit van 20 oktober 2004 is aan het Besluit Personenvervoer 2000 een artikel toegevoegd dat het mogelijk maakt regels te stellen over de verplichting van de vervoerder om het tarief voor het taxivervoer duidelijk leesbaar te tonen, zowel aan de buitenzijde van de taxi als in de taxi. *Stb.* 2004, 561.

35 Brieven van de Minister van V&W van 5 september 2003, 4 november 2003 en 16 februari 2004, resp. *Kamerstukken II* 2003/04, 25 910, nr. 44, nr. 46 en nr. 47.

36 Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen over het rechtskarakter (publiek of privaat) van concessies: Dankers-Hagenaars 2000, met name hfdst. 7.

gunnen aan een specifieke vervoerder. De overheid kan zelfs besluiten dat op een bepaald traject niet meer wordt gereden.

2.2 Contractdwang beheerder hoofdspoorweginfrastructuur

De beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur, ProRail, ondervindt contractdwang bij het verdelen van capaciteit. Het verdelen van capaciteit voor hoofdspoorwegen vindt plaats via het sluiten van toegangsovereenkomsten met diegenen die toegang willen tot 'het spoor'. In het wetsvoorstel voor de nieuwe Spoorwegwet was oorspronkelijk gekozen voor capaciteitstoewijzing als publiekrechtelijk besluit door de beheerder. Bij de vierde nota van wijziging³⁷ is dit echter veranderd: er is toch gekozen voor een systeem van zogenaamde toegangsovereenkomsten. De Raad van State had forse kritiek op deze ommezwaai van de regering, maar dat heeft niet tot wezenlijke aanpassingen geleid. Zo vroeg de Raad van State zich af wat er moest gebeuren indien de onderhandelingen niet tot resultaat leiden. Geen onderhandelingsresultaat betekent dat de treinen niet rijden. Dergelijke bezwaren tegen onderhandelde toegang worden ook in andere sectoren waar het gaat om toegang tot infrastructuur genoemd, zoals aan de orde kwam in hoofdstuk 2.³⁸ Vaak blijkt dat bij onderhandelde toegang toch enige vorm van regulering nodig is, omdat het niet bereiken van een onderhandelingsresultaat niet aanvaardbaar is.

Volgens de minister kan de toezichthouder (dat is de Vervoerkamer van de NMa) ingrijpen met een last onder dwangsom om ervoor te zorgen dat een overeenkomst met een bepaalde inhoud tot stand komt. Op die manier kan worden voorkomen dat beschikbare capaciteit niet wordt verdeeld omdat één van de partijen zich onredelijk opstelt.³⁹

De capaciteitsverdeling dient recht te doen aan artikel 27 Spoorwegwet waarin het recht op toegang tot de hoofdspoorwegen expliciet verwoord staat:

1. Een spoorwegonderneming heeft op niet-discriminerende grondslag recht op toegang tot hoofdspoorwegen.
2. Geen toegang tot hoofdspoorwegen heeft een spoorwegonderneming:
 - a. die niet beschikt over een geldige bedrijfsvergunning;
 - b. die niet beschikt over een geldig veiligheidsattest of proefattest;
 - c. die niet voldoet aan de voor haar ingevolge artikel 55 geldende verzekeringsplicht;
 - d. indien het recht op die toegang niet rechtstreeks voortvloeit uit een toegangs-overeenkomst als bedoeld in artikel 59;
 - e. die anderszins niet gerechtigd is van de hoofdspoorweg gebruik te maken.

37 *Kamerstukken II 2001/02, 27 482, nr. 13 en Kamerstukken II 2001/02, 27 482, B, p. 5.*

38 *Zie par. 4 van hfdst. 2.*

39 *Kamerstukken II 2001/02, 27 482, B, p. 5.*

De vraag is of dit als directe contractdwang op te vatten is. De formulering is veel indirecter dan vergelijkbare bepalingen in de energiesector. Vergelijk dit met bijvoorbeeld artikel 23 Elektriciteitswet, waarin staat: 'De netbeheerder is verplicht degene die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net...'.⁴⁰

Artikel 27 Spoorwegwet neemt als uitgangspunt het recht van de spoorwegonderneming om toegang te verkrijgen en niet de plicht van beheerder om die toegang te verlenen. Het recht van de spoorwegonderneming op toegang impliceert echter een plicht van de beheerder om toegang te verlenen, mede gezien de volgende bepalingen die aangeven wie toegangsovereenkomsten kunnen sluiten en wat daarin onder andere moet worden afgesproken. Artikel 57 Spoorwegwet luidt:

Gerechtigd tot het sluiten van een toegangsovereenkomst en een kaderovereenkomst met de beheerder zijn:

- a. spoorwegondernemingen en hun internationale samenwerkingsverbanden als bedoeld in artikel 3 van richtlijn 91/440/EEG die in het bezit zijn van een bedrijfsvergunning of deze hebben aangevraagd, voorzover zij daarmee gerechtigd zijn van de hoofdspoorwegen gebruik te maken op de wijze waarvoor zij de overeenkomst willen sluiten;
- b. concessieverleners als bedoeld in artikel 20 van de Wet personenvervoer 2000 ten behoeve van openbaar vervoer per trein;
- c. andere bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen bestuursorganen, personen of rechtspersonen.⁴⁰

Artikel 59 Spoorwegwet luidt:

1. Een tussen de beheerder en een gerechtigde gesloten overeenkomst over het gebruik van capaciteit bevat in elk geval bedingen over:
 - a. de door de beheerder te bieden kwaliteit van de hoofdspoorweginfrastructuur
 - b. de gebruiksvergoeding.
- (...)

Nu de wet in artikel 59 de toegang via toegangsovereenkomsten regelt, en de toegangsovereenkomst in artikel 27 als voorwaarde voor verdeling van capaciteit is gesteld, durf ik wel van directe contractdwang te spreken. Er staat nergens de verplichting voor de beheerder van de infrastructuur om de toegangsovereenkomst te sluiten, maar uit artikel 27 blijkt wel dat de spoorwegonderneming recht heeft op toegang en daar is een toegangsovereenkomst voor vereist. De beheerder zal een goede reden moeten hebben om het sluiten

⁴⁰ Art. 57 sub c is in het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur, *Stb.* 2004, 667, uitgewerkt in art. 2: 'Iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die om commerciële redenen aantoonbaar belang heeft bij de verwerving van capaciteit voor het doen vervoeren van lading door middel van spoorvervoerdiensten is gerechtigd tot het sluiten van een toegangsovereenkomst en een kaderovereenkomst met de beheerder.'

van een toegangsovereenkomst te weigeren, omdat daarmee ook de toegang tot de infrastructuur is geblokkeerd.

Bij een dergelijke weigering kan de spoorwegonderneming een klacht indienen bij de Vervoerkamer van de NMa.⁴¹ Gezien de belangen die op het spel staan, zal bij een weigering aan een concessiehouder voor openbaar vervoer worden ingegrepen, bijvoorbeeld door een last onder dwangsom op te leggen. De vervoerder heeft namelijk een concessie om vervoer te verrichten (anders komt hij niet eens voor capaciteitsgebruik op het spoor in aanmerking). Aangezien er per traject maar één concessie wordt gegund (concurrentie *om* het spoor en niet *op* het spoor), betekent geen toegangsovereenkomst dus geen treinvervoer voor reizigers op de trajecten waarvoor de openbaar vervoerder een concessie heeft.

In artikel 5 van Richtlijn 2001/14/EG⁴² staat dat spoorwegondernemingen op niet discriminerende basis recht hebben op een minimumtoegangspakket en op toegang via het spoor tot voorzieningen als wissels, seinen, treindienstleidingen, stationsgebouwen, installaties voor brandstofbevoorrading en onderhoudsinfrastructuur. De toegang tot deze zogenoemde bijkomende diensten en voorzieningen is in de nieuwe Spoorwegwet geregeld in artikel 67. Dit artikel luidt:

1. Een rechthebbende ten aanzien van een dienst als bedoeld in artikel 10, zesde lid, van richtlijn 91/440/EEG ten behoeve van spoorwegactiviteiten als bedoeld in dat lid, ten aanzien van een voorziening of dienst als bedoeld in onderdeel 2 van bijlage II bij richtlijn 2001/14/EG of ten aanzien van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen, voor het verrichten van vervoer via spoorwegen noodzakelijke voorziening of dienst doet een spoorwegonderneming die daarom verzoekt een redelijk aanbod voor het ter beschikking stellen van die dienst of voorziening tegen kostengeoriënteerde tarieven en onder voorwaarden die de mededinging niet beperken.
2. De rechthebbende onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie tussen degenen jegens wie de in het eerste lid bedoelde verplichting geldt.
3. Op de grondslag van hetgeen ingevolge het eerste lid is overeengekomen, stelt de rechthebbende de dienst of voorziening ter beschikking. De rechthebbende mag slechts weigeren om de voorziening ter beschikking te stellen, indien de spoorwegonderneming onder marktvoorwaarden op een voor haar haalbare andere wijze kan voorzien in de behoefte die ten grondslag ligt aan haar verzoek. (...)

Het gaat om diensten die noodzakelijk zijn, naast de toegang tot het spoor als zodanig, om een treindienst te kunnen laten functioneren.

41 Zie over de bevoegdheden van de Vervoerkamer m.b.t. de toegangsovereenkomsten hfdst. 10, par. 5.4.3.

42 *PbEG* 2001, L 75/29.

De verplichting die op 'de rechthebbende ten aanzien van de dienst' wordt gelegd, is het doen van een redelijk aanbod. Ik beschouw dit als een vorm van directe contractdwang. ProRail is niet de enige die deze contractdwang kan ondervinden. Het hangt namelijk van de gevraagde dienst af op wie de contractdwang rust. De stations zijn bijvoorbeeld in merendeel eigendom van NS Stations BV. Dat is dus de rechthebbende die op verzoek de spoorwegonderneming toegang moet verlenen tot de stations. De bepaling richt zich ook tot NS Spooransluitingen BV die eigenaar is van spooransluitingen in Nederland.⁴³ Spooransluitingen zijn – kort gezegd – de gedeelten tussen de hoofdspoorweg en een bedrijfsterrein. Voor het overige zullen het echter veelal diensten zijn waarover ProRail gaat, vandaar de indeling bij contractdwang die de beheerder van de railinfrastructuur ondervindt.

2.3 Contractdwang openbaar vervoerder

De openbaar vervoerder ondervindt contractdwang op grond van de volgende bepalingen. Artikel 30 lid 4 Wp 2000:

De houder van een concessie, verleend door een concessieverlener als bedoeld in artikel 20, tweede of vierde lid, is verplicht reizigers te vervoeren die daartoe beschikken over een voor het concessiegebied geldig nationaal vervoerbewijs tegen het daarbij behorende tarief.

De concessieverleners genoemd in artikel 20 lid 2 en lid 4 zijn de concessieverleners voor vervoer anders dan per trein. Met andere woorden: de contractdwang op grond van deze bepaling geldt niet voor het openbaar vervoer per trein. De bedoeling was niet om het treinvervoer van de vervoerplicht uit te sluiten, maar wel van de ook genoemde verplichte acceptatie van nationale vervoersbewijzen. De reden hiervan is dat verordening (EEG) nr. 1191/69 voorschrijft dat een dergelijke openbare dienstverplichting voor het openbaar vervoer per trein (in dit geval de wettelijke acceptatie van nationale vervoersbewijzen) slechts via een openbare-dienstcontract geregeld kan worden. Om die reden is een zodanige verplichting slechts mogelijk in de vorm van een bepaling in de concessie.⁴⁴ De verordening heeft betrekking op de zogenaamde openbare dienstverplichtingen die door de staat worden opgelegd aan spoorwegondernemingen.⁴⁵ De lidstaten zijn verplicht om deze openbare dienstverplichtingen te beëindigen omdat deze zich niet goed verdragen met de gewenste vrije markt. Tegelijkertijd wordt wel erkend dat het specifieke

43 *Kamerstukken II* 2003/04, 27 482 en 27 216, nr. 92. De ondergrond behoort soms aan derden toe.

44 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 216, nr. 3.

45 Zie over openbare dienstverplichtingen nader hfdst. 2, par. 4.

openbaar nut van de vervoerdiensten kan rechtvaardigen dat er openbare dienstverplichtingen zijn. In de verordening is daarom bepaald dat de openbare dienstverplichtingen dienden te worden veranderd in openbare dienstcontracten: de overheid dient te contracteren met de spoorwegonderneming over diensten die voor het publiek tegen bepaalde voorwaarden open moeten staan. Dit is in de contracten tussen de overheid en NS dan ook gebeurd. De concessies die onder de Wp 2000 aan de spoorwegondernemingen worden verleend, vallen ook onder het Europeesrechtelijke begrip openbare dienstcontract. De term contract betekent hier niet hetzelfde als het civiele contract: de concessieverlening geschiedt immers op basis van een publiekrechtelijk besluit en niet op grond van een overeenkomst.⁴⁶

Artikel 30 lid 4 Wp 2000 geldt dus niet voor de openbaar vervoerder per trein, maar een andere bepaling die contractdwang met zich mee brengt, artikel 34 lid 1 Wp 2000, wel. Artikel 34 lid 1 Wp 2000 luidt:

De concessiehouder is verplicht openbaar vervoer te verrichten volgens hetgeen in de concessie is bepaald en is verplicht de daaraan verbonden voorschriften na te leven.

Zoals uit bovengenoemde bepalingen uit de Wp 2000 blijkt, bestaat er contractdwang in de verhouding vervoerder-reiziger. De vervoerder is verplicht vervoersovereenkomsten te sluiten met passagiers. Het gaat om de overeenkomst tot binnenlands openbaar personenvervoer, omschreven in artikel 8:100 BW.⁴⁷

De vervoerder (de concessiehouder) is gebonden aan de concessievoorschriften, die betrekking hebben op de tarieven en de dienstregeling. Ook de inhoud van de vervoersovereenkomst is dus – in meer of mindere mate – gereguleerd.⁴⁸ Ook de voorwaarden als tarieven en dienstregeling worden in meer of mindere mate in de concessie gereguleerd. De concessies in het openbaar vervoer brengen dus ook een contracteerplicht voor de openbaar vervoerders mee: zij moeten met eenieder die dat wenst een vervoersovereenkomst sluiten.

46 *Kamerstukken II 1999/00, 27 216, nr. 3.* De Commissie verstaat onder een openbaar dienstcontract mede: een overeenkomst vervat in een juridisch bindend besluit, dat met voorafgaande instemming van de exploitant is vastgesteld, waarbij een bevoegde instantie een exploitant met de verrichting van diensten belast. Gewijzigd voorstel voor een verordening ten aanzien van openbare diensteisen COM/2002/107 (*PbEG* 2002, C 151^E/146). Dit lijkt mij aan te sluiten op de concessieverlening zoals die in de Wp 2000 is geregeld.

47 Zie hierover nader hfdst. 9.

48 Art. 32 en 33 Wp 2000.

3 UITZONDERINGEN OP CONTRACTDWANG

3.1 Wanbetaling

De vervoerder kan, ondanks de vervoerplicht, weigeren te vervoeren als er niet betaald wordt voor het vervoer. Artikel 30 lid 4, 70 en 71 Wp 2000 en artikel 44 van het Besluit personenvervoer impliceren dit. De weigeringsbevoegdheid staat niet met zoveel woorden genoemd, maar er staat dat men in het bezit moet zijn van een vervoersbewijs en het daarvoor geldende tarief moet betalen.

Een heel duidelijk geval van de bevoegdheid om te weigeren een vervoersovereenkomst te sluiten is het bepaalde in artikel 49 van het Besluit personenvervoer: zolang een opeisbare schuld ter zake van vervoerbewijzen niet is voldaan, heeft de betrokkene geen recht op afgifte van een op naam gesteld vervoerbewijs, zoals bijvoorbeeld een maandkaart.

Het Algemeen Reglement Vervoer (ARV) is een publiekrechtelijke regeling die gebaseerd is op artikel 116 van de Spoorwegwet en alleen voor de trein geldt. Artikel 116 bepaalt dat het eenieder verboden is zich zonder geldig plaatsbewijs in de trein te bevinden. De bepaling bevat ook regels over de verhoging van de prijs als een kaartje in de trein wordt gekocht.

Een andere voorbeeld van contractweigering vormt de mogelijkheid om iemand de toegang tot de stations en het openbaar vervoer te ontzeggen, voordat de reis een aanvang heeft genomen. Dit is bij notoire zwartrijders bijvoorbeeld toegestaan.⁴⁹ Ook kan lijfswang worden toegepast indien iemand bij voortduring zwart rijdt, de opgelegde boetes niet betaalt en geen verhaal biedt.⁵⁰

3.2 Verstoring rust, orde en veiligheid

Artikel 72 Wp 2000 bepaalt dat het verboden is zich in het openbaar vervoer zodanig te gedragen dat orde, rust, veiligheid of een goede bedrijfsgang kan worden verstoord. Indien deze verplichtingen niet worden nageleefd, kan het vervoerbewijs worden ingetrokken. Zo nodig kan met behulp van de sterke arm het gebruik van het openbaar vervoer worden ontzegd. Het verstoren van de openbare orde (en overigens ook zwart rijden) is een overtreding en kan worden bestraft met hechtenis van ten hoogste twee maanden of een geldboete van de tweede categorie (art. 101).

⁴⁹ Rb. Utrecht 25 mei 1994, KG 1994, 251.

⁵⁰ Pres. Rb. Dordrecht 22 juni 1999, KG 1999, 174; Pres. Rb. Utrecht 19 april 2001, KG 2001, 172; Pres. Rb. Utrecht 1 juni 1999, KG 1999, 236.

Artikel 5 van het ARV bepaalt dat het verboden is de orde, rust en veiligheid in de trein of op de stations te verstoren. Lid 2 geeft aan wat wordt verstaan onder verstoring van orde, rust, veiligheid of een goede bedrijfsgang:

- a. gedragingen waardoor de bediening en het gebruik van voorzieningen of van een trein dan wel de taakuitoefening van het personeel van de vervoerder worden verhinderd of belemmerd;
- b. misbruik maken van voorzieningen dan wel gebruik maken van voorzieningen of van een trein op een tijdstip waarop deze niet voor gebruik beschikbaar zijn dan wel op een andere wijze dan waarvoor deze bestemd zijn;
- c. uit een trein werpen van stoffen of van voorwerpen;
- d. zich in kennelijke staat van dronkenschap of onder kennelijke invloed van verdovende middelen bevinden;
- e. afsteken van vuurwerk, rumoer maken dan wel op zodanige wijze geluid voortbrengen dat anderen daarvan hinder ondervinden;
- f. uitoefenen van beroep of bedrijf;
- g. tentoonstellen van voorwerpen, maken van reclame of propaganda, verspreiden van drukwerk, bedelen of houden van inzamelingen;
- h. meenemen in een trein van dieren, stoffen of voorwerpen die hinder, gevaar, verontreiniging of beschadiging veroorzaken of kunnen veroorzaken;
- i. roken in een trein of station, of gedeelten daarvan, ten aanzien waarvan de spoorweg? heeft aangegeven dat roken niet is toegestaan;
- j. zich bevinden op een station op een tijdstip dat dit kenbaar gesloten is of op een gedeelte van een station dat kenbaar daartoe niet toegankelijk is;
- k. zich op een station begeven langs een andere dan de daarvoor bestemde weg;
- l. op een andere wijze hinder, gevaar, verontreiniging of beschadiging veroorzaken.

Vandalisme of vrees voor vandalisme is een gerechtvaardigde reden om vervoer te weigeren, aldus een kort geding-uitspraak uit 1985.⁵¹ De NS vervoerde voetbalsupporters in speciale treinen naar voetbalwedstrijden. Kleinere groepen supporters reisden echter vooruit (waarschijnlijk vanwege het alcoholverbod dat in de supporterstreinen gold). De NS weigerde deze groepen tot de reguliere treinen toe te laten, waarop de Stichting F-Side een kort geding aanspande. Zij was van mening dat de NS haar wettelijke c.q. contractuele vervoersplicht schond. De president was het daarmee niet eens; de NS was immers bereid om iedereen naar de wedstrijden te vervoeren. De NS had de bevoegdheid om supporters naar speciale treinen te verwijzen op grond van het ARV, en maakte ook een redelijk gebruik van die bevoegdheid. In het kader van de bestrijding van het voetbalvandalisme mocht de NS alles in het werk stellen om de eigen goederen te beschermen en in het algemeen maatregelen nemen ter bevordering van een behoorlijk vervoer van passagiers, aldus de

51 Rb. Utrecht 10 december 1985, KG 1986, 54.

president. Ook mocht zij preventieve maatregelen nemen om te voorkomen dat schade werd aangericht.

4 RATIO CONTRACTDWANG

4.1 Contractdwang vroeger

4.1.1 *Spoorwegvervoer*

De eerste spoorlijn in Nederland dateert van 1839 en besloeg het traject Amsterdam-Haarlem. Er bestond een tweetal spoorwegmaatschappijen, waarvan de aandelen in handen waren van particuliere beleggers. Dit waren de Nederlandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij (HSM) en de Nederlandsche Rhijnspoorweg Maatschappij (NRS).⁵² In 1860 kwam hier de Nederlandsche Centraal Spoorweg Maatschappij bij.⁵³

Tot 1860 was de aanleg en de exploitatie van de spoorlijnen in handen van de particuliere maatschappijen. Vanwege de grote risico's durfde men niet verder uit te breiden, tenzij er staatssteun zou komen.⁵⁴

De eerste wet over het spoorwegvervoer dateert van 1859.⁵⁵ Daarin stond geen vervoersplicht. Vanwege het natuurlijk monopolie dat de railinfrastructuur vormde, bestond er wel al de plicht om te gedogen dat andere spoorwegen werden aangesloten op de bestaande rails, alsmede de plicht om andere spoorwegdiensten op de eigen rails toe te laten.⁵⁶ Bij wet van 18 augustus 1860 werd de staatsaanleg van spoorwegen geregeld.⁵⁷ Er vond ook nog wel particuliere aanleg plaats, van meer secundaire lijnen.⁵⁸ In 1863 werd de Maatschappij tot Exploitatie van de Staatsspoorwegen opgericht.⁵⁹ Anders dan bij de overige drie maatschappijen financierde de overheid de aanleg van de spoorlijn. De Maatschappij huurde vervolgens de spoorlijn en nam zelf de onderhoudskosten en overige exploitatie voor haar rekening. Dit is derhalve een stelsel dat lijkt op de huidige situatie, waarbij de minister verantwoordelijk

⁵² Van den Broeke 1989b, p. 18-22.

⁵³ Van den Broeke 1989b, p. 23.

⁵⁴ De Ru 1981, p. 26-27.

⁵⁵ Wet van 21 augustus 1859, houdende bepalingen omtrent het gebruik der spoorwegen, *Stb.* 1859, 98.

⁵⁶ Art. 3 en 4 van de Wet van 21 augustus 1859, houdende bepalingen omtrent het gebruik der spoorwegen, *Stb.* 1859, 98.

⁵⁷ Wet van 18 augustus 1860, tot aanleg van spoorwegen voor rekening van den Staat, *Stb.* 1860, 45.

⁵⁸ De Ru 1981, p. 27.

⁵⁹ Van den Broeke 1989b, p. 29.

is voor de aanleg van de infrastructuur en de vervoerders de lijnen exploiteren.⁶⁰ Deze Staatsspoorwegen exploiteerden de weinig aantrekkelijke lijnen in het noorden en zuiden van het land. Het was voor het eerst dat de overheid, en niet de particuliere maatschappijen zelf, de spoorlijnen aanlegde. Dat was dan ook noodzakelijk, omdat de maatschappijen niet geïnteresseerd waren in deze lijnen in dunbevolkte gebieden.⁶¹

In 1875 werd de exploitatie van spoorlijnen verplicht gesteld.⁶² In de wet die dat bepaalde kreeg de minister de bevoegdheid om zelf de dienstregeling en de minimum en maximumtarieven vast te stellen en stond wat het spoorwegvervoer betreft bij zijn weten voor het eerst, in artikel 31, een vervoersplicht opgenomen.

De Nederlandsche Centraal Spoorweg Maatschappij werd overgenomen door de Nederlandsche Rhijnspoorweg Maatschappij. De overgebleven maatschappijen beconcurrerden elkaar dusdanig, dat het spoor als geheel niet goed werd geëxploiteerd. De overheid zag zich genoodzaakt in te grijpen en deed dat door de concessie van de NRS niet te verlengen en door met de HSM en de Staatsspoorwegen de zogenaamde 'spoorwegovereenkomsten' te sluiten.⁶³ Deze overeenkomsten hielden in dat de voornaamste lijnen werden verdeeld tussen deze twee ondernemingen, waarbij het spoor en de stations gemeenschappelijk werden gebruikt. De staat zou voor de aanleg van de spoorlijnen zorgen en de maatschappijen zouden zich met de exploitatie bezighouden en huur betalen voor het gebruik van de spoorlijnen.⁶⁴

De vraag naar vervoer per trein steeg sterk in het begin van de twintigste eeuw, met name in de provincies Noord-Holland, Zuid-Holland en Utrecht. Het spoorwegnet moest worden uitgebreid. De staat verschaftte daarvoor het kapitaal aan de beide maatschappijen die nauw gingen samenwerken.⁶⁵

In de jaren twintig en dertig stond het treinvervoer er niet rooskleurig voor. Dat had uiteraard te maken met de economische crisis, maar ook de toename van het autoverkeer speelde een belangrijke rol. Het bleek voor de trein onmogelijk om te concurreren met de auto. Een van de redenen daarvoor was dat de spoorwegen zelf de spoorlijnen aanlegden of huur betaalden voor het gebruik ervan. De automobilisten betaalden niet voor het gebruik van de wegen, die door de Staat werden aangelegd. Verder hadden de spoorwegen

60 De exploitatie van de Staatsspoorwegen werd aan bijzondere ondernemers bij concessie gegund, aldus art. 1 van de Wet van 3 juli 1863, tot regeling van de exploitatie van de Staatsspoorwegen, *Stb.* 1863, 100.

61 Van den Broeke 1989b, p. 24-25.

62 Wet van 9 april 1875, tot regeling van de dienst en het gebruik der spoorwegen, *Stb.* 1875, 67.

63 Wet van 22 juli 1890, houdende bekrachtiging van overeenkomsten met de Nederlandsche Rhijnspoorwegmaatschappij, de Maatschappij tot Exploitatie van Staatsspoorwegen en de Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij, *Stb.* 1890, 134.

64 Van den Broeke 1989b, p. 24 en 31.

65 Van den Broeke 1989b, p. 40.

een exploitatieplicht, waarbij dus ook verliesgevende lijnen moesten worden geëxploiteerd. Bovendien bestond de verplichting om ook op onvoordelige uren een bepaald aantal minimum treinen te laten rijden en de stationsplaatsen werden door de staat aangewezen.⁶⁶

In 1937 werden de HSM en de Staatsspoorwegen samengevoegd tot de NV Nederlandsche Spoorwegen. De staat was de enig aandeelhouder.⁶⁷ Ook werden bepaalde beperkingen en voorschriften opgeheven. Zo werd een aantal verliesgevende lijnen opgeheven.

Uit het vorenstaande blijkt een aantal redenen voor het overheidsingrijpen in het spoorvervoer. In de eerste plaats legde de overheid infrastructuur aan die anders niet tot stand zou zijn gekomen. Ten tweede greep de overheid in toen de concurrentie niet goed bleek te werken. Zij dwong de ondernemingen tot samenwerking en tot het delen van bepaalde faciliteiten. Om de consument te beschermen tegen de monopolistische spoorwegvervoerder, legde de overheid vervoersvoorwaarden en tarieven op. Tot slot verleende de overheid subsidie, omdat de spoorwegen de concurrentie met het wegvervoer niet aankonden, maar de overheid wel de maatschappelijke functie van het spoorvervoer wilde beschermen.⁶⁸ In alle huidige EU-landen hadden de staatsspoorwegen een vervoerplicht, maar de tekorten werden dan ook door de overheid opgevangen.⁶⁹

Ter uitvoering van EEG-verordening nr. 1893/91⁷⁰ werden de Spoorwegwet en de Wet personenvervoer in 1997 gewijzigd⁷¹ (een wet die terugwerkt tot 1 januari 1993) in die zin, dat de exploitatieverplichtingen voor interlokaal vervoer per spoor werden afgeschaft. De overheid legde vanaf toen niet meer bij wet een vervoerplicht op en ook halteplaatsen en tarieven werden vrij. Het voormalige artikel 31 Spoorwegwet, dat de vervoerplicht van de NS tot uitdrukking bracht, was hiermee afgeschaft.

4.1.2 Openbaar vervoer over de weg

In 1829 staat er reeds een vervoerplicht in het Staatsblad:

‘Alle personen die zich vóór het vertrek van eene diligence of postwagen, op een kantoor der onderneming, hetzij ter plaatse van het eerste vertrek, hetzij onder weg aanmelden, hebben regt om met denzelven te worden vervoerd. Wanneer het getal der reizigers daardoor grooter zoude worden dan dat van de zitplaatsen,

⁶⁶ Van den Broeke 1989a, p. 65-66.

⁶⁷ Van den Broeke 1989b, p. 49; De Ru 1981, p. 40-41.

⁶⁸ Kuik 1992, p. 37.

⁶⁹ Dankers-Hagenaars e.a. 2002, p. 4.

⁷⁰ PbEG 1991, L 169/1.

⁷¹ Stb. 1997, 578.

waarvoor de diligence of postwagen is ingerigt, zullen aan de overblijvenden een of meer bijwagens ten koste der onderneming worden verschaft ...⁷²

Ook in een wet van 1880 staat een vervoerplicht, zij het alleen voor het aantal zitplaatsen dat aanwezig was.⁷³

In de jaren twintig en dertig van de twintigste eeuw maakten de autobusdiensten een grote bloei door. Dit bracht een grote concurrentiestrijd met zich mee, die leidde tot te hard rijden, het bij de haltes 'wegkapen' van elkaars reizigers en het bezuinigen op onderhoud. De overheid greep in 1926 in door een vergunning te eisen voor autobusdiensten. Dit hielp niet genoeg, omdat bussen die niet volgens een vaste dienstregeling reden, niet onder dit vergunningstelsel vielen. Uiteindelijk werd in 1939 de Wet Autovervoer Personenvervoer ingevoerd, die de materie afdoende regelde.⁷⁴

Hierin werden regels gesteld over de tarieven (die overigens niet werden vastgelegd). Het teveel verlagen van de prijzen vanwege de concurrentie werd daardoor verminderd. Aan de vergunningen konden voorwaarden worden verbonden, bijvoorbeeld over de dienstregeling, of het te rijden traject.⁷⁵ In deze wet stond een vervoerplicht in artikel 22, waarvan lid 1 als volgt luidde:

'Een autobusdienst in meer dan een gemeente moet volgens de dienstregeling worden uitgeoefend; voor zoover niet krachtens artikel 24 of artikel 60 anders is bepaald, moeten de personen, die zich daartoe aanmelden, met hun handbagage tegen betaling van de volgens de tarieven verschuldigde vrachtprijzen worden vervoerd, voor zoover de gewone middelen van vervoer toereikend zijn.'

In een latere versie van deze bepaling is aangegeven wat toereikende middelen van vervoer zijn: 'Het aantal middelen van vervoer moet zodanig zijn, dat kan worden voldaan aan de redelijkerwijs te verwachten vervoersvraag, tenzij deze buitensporig is.'⁷⁶

In artikel 12 van de Wet personenvervoer werd aan de verlening van de vergunning voor het verrichten van openbaar vervoer de verplichting gekoppeld om de door de overheid vastgestelde dienstregeling uit te voeren. In de opvolger van deze wet, de Wp 2000, is deze contractdwang opgenomen in artikel 30 lid 4.

72 Art. 93 Besluit van 24 november 1829, houdende een reglement op de dienst der openbare middelen van vervoer te lande, *Stb.* 1829, 73.

73 Nyqvist 2001, p. 15.

74 Wet van 24 juni 1939, *Stb.* 1939, 527.

75 Van den Broeke 1989b, p. 46.

76 Art. 22 lid 1 Wet autovervoer personen, *Stb.* 1975, 68.

4.2 Contractdwang nu

De ratio van contractdwang in het openbaar vervoer is net als bij de andere infrastructuurgebonden sectoren gelegen in een combinatie van de volgende factoren. In de eerste plaats geldt het openbaar vervoer als voorziening die aan iedere burger ter beschikking moet staan. Ieder individu zou zich voor een redelijk bedrag moeten kunnen verplaatsen. Niet iedereen kan zich immers een auto veroorloven en bovendien spoort het propageren van autogebruik niet met milieudoelstellingen en filebestrijding.⁷⁷

Ten tweede is de aanbieder van openbaar vervoer in zijn verhouding tot de reiziger een monopolist op het traject waarvoor hij een concessie heeft. Voor het spoor geldt bovendien dat de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur een monopolist is, die de toegang tot de infrastructuur in handen heeft. Op de spoorwegsector richt zich dan ook Europees mededingingsbeleid via richtlijnen, met als doel de sector te liberaliseren en daardoor meer prikkels te geven. Het gaat om een sector die van oudsher in de lidstaten door de staat wordt gefinancierd. Mede daardoor zijn er weinig prikkels tot innovatie en efficiëntie.⁷⁸

De vervoerders zijn om hun bedrijf uit te kunnen oefenen afhankelijk van het sluiten van een toegangsovereenkomst met de beheerder. In theorie is hier enige onderhandelingsruimte, maar omdat een spoorwegonderneming volgens artikel 27 Spoorwegwet op non-discriminatoire voorwaarden recht heeft op toegang tot het spoor, zal deze onderhandelingsruimte in de praktijk gering zijn. De nadelen van onderhandelde toegang tot netwerken of infrastructuur in het algemeen zijn eerder besproken.⁷⁹ Kort gezegd komt het erop neer dat onderhandelde toegang uiteindelijk toch vrij stringent moet worden gereguleerd, om te voorkomen dat onderhandelingen te lang duren of niet tot resultaat leiden.

De verplichtingen die in de Wp 2000 aan de concessiehouder worden opgelegd, gelden aldus de memorie van toelichting met name ter bescherming van de positie van de consument, de waarborging van continuïteit en prijs van openbaar vervoer en de beschikbaarheid van informatie ten behoeve van de aanbestedingsprocedure.⁸⁰ Met het systeem van concessieverlening waarvoor in de Wp 2000 is gekozen, ontstaat concurrentie in het openbaar vervoer, maar het is 'concurrentie *om* de weg' en niet 'concurrentie *op* de weg'.

Er is niet gekozen voor concurrentie op de weg, omdat de vrees bestond dat de minder aantrekkelijke diensten niet uitgevoerd zouden worden. Daarmee wordt bedoeld diensten met 'een vaak meer sociale, ontsluitende functie voor mensen die afhankelijk zijn van het openbaar vervoer'. De markt volledig

⁷⁷ Vgl. Eindrapport werkgroep Benuttingsmaatregelen Spoor 2002, p. 3-4.

⁷⁸ Vgl. Elzinga 2001, p. 6-7.

⁷⁹ Hfdst. 2, par. 4.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 17.

vrij laten wordt niet als optie gezien, omdat dan de functie van openbaar vervoer als algemene voorziening te zeer verloren gaat.⁸¹

5 CONCLUSIE

Sinds de invoering van de nieuwe Spoorwegwet en de nieuwe Concessiewet bestaat contractdwang in de relatie tussen de beheerder van de spoorweginfrastructuur en de vervoerder. Het gaat om contractdwang wat betreft de toegang tot het spoor en wat betreft de toegang tot de zogenaamde bijkomende diensten. Contractdwang in deze relatie heeft onder andere te maken met het loskoppelen van het beheer van de infrastructuur en de vervoersbedrijven. Overigens hebben al eerder verplichtingen tot het gebruik van infrastructuur bestaan, hoewel dat niet gepaard ging met contractdwang. In de 19^e eeuw bestonden er bepalingen die de ondernemingen onderling verplichtten om elkaar op elkaars spoor toe te laten.⁸² Dit gebruik van andermans spoorweg geschiedde dan op basis van een koninklijk besluit en tegen schadeloosstelling.

De contractdwang die op de vervoerder wordt gelegd, bestaat voor het wegvervoer al sinds 1829 en voor het spoorwegvervoer sinds 1875.⁸³ De ratio daarvan is dat openbaar vervoer een voorziening voor het publiek is. De toegankelijkheid van het openbaar vervoer die daarom nodig wordt geacht, wordt niet louter met een vervoerplicht, hetzij in de wet, hetzij in een concessie vastgelegd, geborgd. Het probleem is immers niet dat de vervoerder reizigers weigert te vervoeren, het probleem wordt gevormd door de vertragingen en soms het gebrek aan zitplaatsen. Ageren via de vervoersovereenkomst heeft weinig zin, zeker niet als louter een tegemoetkoming wordt verschaft, en niet de daadwerkelijke vertragingsschade wordt vergoed. Bovendien moet iedere reiziger dan afzonderlijk een actie instellen en daarbij is het sop de kool vaak niet waard.

De concessieverleners, dat zijn de rijksoverheid en de lagere overheden, bepalen de voorwaarden waaronder openbaar vervoer wordt verricht. Die concessies dienen dus in orde te zijn, wat betreft de voorwaarden die erin worden gesteld aan dienstregeling en punctualiteit. Verder is het openbaar vervoer afhankelijk van overheidsgeld: openbaar vervoer is tot op heden zelden tot nooit rendabel. Dat betekent dat voor investeringen in infrastructuur, materieel en personeel, de overheidsbijdragen van groot belang zijn. Indien de noodzakelijke bijdrage uit de algemene middelen achter blijft bij de behoef-

81 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 4. Vgl. over openbare dienstverplichtingen hfdst. 2, par. 4.

82 Bijvoorbeeld art. 3 en 4 van de Wet van 21 augustus 1859, houdende bepalingen omtrent het gebruik der spoorwegen, *Stb.* 1859, 98.

83 Art. 93 Besluit van 24 november 1829, houdende een reglement op de dienst der openbare middelen van vervoer te lande, *Stb.* 1829, 73.

te, zal dat te merken zijn aan de dienstverlening. De reiziger heeft daar zelf geen invloed op.

Tot slot is belangrijk dat er afdoende toezichtmechanismen zijn. Indien een openbaar vervoerder niet presteert, dienen er reële opties te zijn om daar iets aan te doen. Zo kan bijvoorbeeld een concessie in het uiterste geval worden ingetrokken. Dat heeft echter alleen zin indien er een ander vervoersbedrijf is dat de taken kan overnemen. Daar bestaat mijns inziens een probleem: de openbaar vervoermarkt is niet dermate concurrerend, dat voor ieder traject een alternatieve vervoerder zich langs de zijlijn warm loopt. Hooguit is een al in werking zijnd vervoersbedrijf geïnteresseerd, waarbij met name valt te denken aan buitenlandse openbaar vervoerbedrijven.

4 | Post en telecommunicatie

1 POST

1.1 Inleiding

Contractdwang wordt in de postsector ondervonden door het voormalige staatsbedrijf TPG (voorheen PTT Post). De postsector wordt in sterke mate vanuit Europa gereguleerd. De voorschriften uit de postrichtlijnen zijn geïmplementeerd door de Postwet en het daarop gebaseerde Besluit algemene richtlijnen post (Barp).¹ Daarin staat ook de contractdwang die op TPG wordt gelegd.

Als eerste wordt in paragraaf 2 uiteengezet waarin de contractdwang voor TPG bestaat. Het gaat zowel om het verplicht toegang verlenen tot de postbussen in het postkantoor als om de verplichte postbezorging. In de derde paragraaf komen vervolgens de uitzonderingen op deze contractdwang aan de orde. Paragraaf 4 gaat over het waarom van de contractdwang voor TPG en dit eerste deel van het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

1.2 Contractdwang

1.2.1 *Contractdwang eigenaar netwerk*

TPG ondervindt contractdwang in haar relatie met de concurrentie, namelijk daar waar het gaat om toegang tot de postbussen die klanten aanhouden op de postkantoren. Artikel 2d Postwet luidt:

1. De houder van de concessie is verplicht aan andere aanbieders van postvervoer toegang te verlenen tot zijn postbussen tegen redelijke, objectief gerechtvaardigde en non-discriminatoire voorwaarden en vergoedingen.
2. De in het eerste lid bedoelde voorwaarden en vergoedingen worden in onderling overleg bepaald. Bij gebreke van overeenstemming worden deze voorwaarden of vergoedingen op verzoek van de meest gerede partij vastgesteld door het college.

De in het artikel genoemde concessiehouder is TPG. OPTA, de toezichthouder van de post- en telecomsector, heeft inmiddels over de betekenis van deze

1 Besluit van 6 juni 2000, *Stcrt.* 2000, nr. 110.

bepaling in een conflict tussen (toen nog) PTT Post en Mail Merge besloten dat TPG toegang dient te verschaffen tot haar postbussen. Dit betekent dat zij binnen bekwame termijn (binnen een dag, en in uitzonderingsgevallen op zijn hoogst binnen een week) stukken van concurrerende aanbieders in de postbus moet plaatsen. Daarbij mag zij wel de poststukken zelf in de postbussen plaatsen. Ze hoeft de concurrentie dus niet fysiek in de postbussen toe te laten. De postbussen zijn immers haar eigendom en ook in verband met de veiligheid is dit gerechtvaardigd.²

De vraag is of naast de toegang tot de postbussen er ook een verplichte toegang tot het bezorgingsnetwerk van TPG zou moeten of kunnen bestaan. Men zou kunnen denken aan het medegebruik van de straatbrievenbussen door concurrenten van TPG, waarbij in de sorteercentra de post van TPG wordt gescheiden van die van de concurrenten.

Het algemeen mededingingsrecht bewerkstelligt een dergelijke toegangsverplichting waarschijnlijk niet. Op zich is het mogelijk om toegangsverplichtingen op te leggen op grond van het algemeen mededingingsrecht en dan met name op grond van artikel 82 EG-Verdrag, dat ziet op misbruik van machtspositie. Dan moet er echter wel sprake zijn van misbruik van machtspositie door TPG, waarbij de vraag aan de orde kan komen of het netwerk van TPG een zogeheten essential facility is. Een essential facility is een voorziening die essentieel is om een bepaalde activiteit te kunnen ontplooiën. Uit het Bronner-arrest³ valt af te leiden dat alleen sprake is van een essential facility van TPG Post indien toegang tot het bezorgings- en ophaalnetwerk van TPG Post voor andere aanbieders onontbeerlijk is om post te kunnen bezorgen. Dat is het geval indien het niet economisch rendabel is om een tweede bezorgingsstelsel op te zetten, waarbij is uitgemaakt dat dan wel moet worden uitgegaan van een verspreidingsoplage zoals die bij het eerste netwerk bestond (het ging in het Bronner-arrest om de distributie van kranten). Dit criterium toegepast op het bezorgingsnetwerk van TPG Post lijkt erop te wijzen dat dit geen essential facility is. Weliswaar heeft onderzoek uitgewezen dat concurrenten onmogelijk meteen een 100% eigen dekkend netwerk kunnen opzetten, omdat dit bedrijfseconomisch niet haalbaar is,⁴ maar dat is waarschijnlijk niet voldoende om de toets uit het Bronner-arrest te kunnen doorstaan. Het feit dat het moeilijk is een concurrerend netwerk op te bouwen, is namelijk niet voldoende. Nu is er op het criterium dat het Hof van Justitie in het Bronner arrest aanlegde, ook wel de nodige kritiek. Met name is de vraag of in alle gevallen uit gegaan zou

2 Besluit OPTA van 16 juli 2001 op verzoekschrift van 28 maart 2001 van Mail Merge Nederland BV. PTT Post (TPG) heeft tegen dit besluit bezwaar ingesteld. De beslissing op het bezwaar is op twee kleinere punten na afgewezen: Besluit van 15 februari 2002. Te vinden op <www.opta.nl>.

3 HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (Bronner). Dit arrest en de essential facilities doctrine wordt uitgebreid besproken in hfdst. 7, par. 2.2.3.

4 Notitie Post, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 502, nr. 1, p. 8, verwijst naar rapport van SEO, Kok e.a. 2003.

moeten worden van de situatie van de 'zittende' onderneming, in dit geval TPG.⁵

Gereguleerde toegang tot de brievenbussen behoort niet tot de voorziene wijzigingen in de Postwet. Het gaat om een naar verwachting klein volume en de kosten van de scheiding in de sorteercentra zijn in verhouding hoog. Wel wordt een verplichting tot non-discriminatoire toegang voor concurrenten tot overige gedeelten van het bezorgingsnetwerk voorgesteld. Daarbij valt te denken aan het aanbieden van voorgesorteerde post aan TPG, die dit vervolgens verder verwerkt. TPG dient de door de concurrenten aangeboden post op dezelfde wijze af te handelen als de post van andere klanten. Op dit moment zijn er al concurrenten van TPG die op deze wijze opereren, waarbij TPG deze vorm van toegang verleent.⁶

1.2.2 Contractdwang postbedrijf

Contractdwang bij de postbezorging is vastgelegd in de Postwet. Artikel 2 luidt:

1. Ter waarborging van een goede postale dienstverlening is de houder van de concessie verplicht om voor een ieder in Nederland het postvervoer van een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen omvang, met inbegrip van bij die maatregel aangewezen postvervoerdiensten, binnen Nederland en van of naar gebieden buiten Nederland, te verrichten, voorzover dit postvervoer betrekking heeft op postzendingen die in voor het publiek bestemde brievenbussen van de houder van de concessie zijn gedeponneerd of bij daartoe bestemde inrichtingen van de houder van de concessie zijn afgegeven. (...)

De in artikel 2 genoemde concessiehouder is TPG NV. De verplichting die op TPG rust, de zogeheten universele dienstverplichting, omvat het versturen van brieven tot 2 kg en pakketten tot 10 kg tegen uniforme tarieven in het binnenland en het verzenden en bezorgen van internationale brieven tot 2 kg en internationale pakketten tot 20 kg.⁷ Verder omvat het ook de aangetekende post, zendingen met aangegeven waarde, de uitreiking van gerechtelijk schrijven en de postbussen.⁸

De verplichtingen van TPG staan nader omschreven in het Besluit algemene richtlijnen post (Barp).⁹ Artikel 2 daarvan luidt:

5 Bijv. Nihoul & Rodford 2004, p. 482-485. Zie over de waardering van het Bronner arrest nader hfdst. 7, par. 2.2.3 en 2.2.4 en over de keuze voor sectorspecifieke wetgeving boven toepassing van het algemeen mededingingsrecht hfdst. 2, par. 4.

6 Brief van de Minister van EZ 27 september 2004, *Kamerstukken II* 29 502, nr. 4, p. 9; Kok e.a. 2003 (SEO-rapport), p. 59-62.

7 Zie voor het begrip universele dienstverplichting nader hfdst. 2, par. 4.

8 Art. 5 Postbesluit in combinatie met art. 2 Postwet. Zie ook notitie Post, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 502, nr. 1, p. 4.

9 Besluit van 6 juni 2000, *Stcrt.* 2000, nr. 110. Zie voor bezorgfrequentie § 2.17 en 2.18 en 2.19.

- 2.1 De houder van de concessie is verplicht om een aan de eisen des tijds beantwoordende dienstverlening ter zake van het postvervoer op te zetten en in stand te houden.
- 2.2 De onder 2.1. genoemde dienstverlening omvat ten minste:
 - a. het postvervoer;
 - b. het beschikbaar stellen van dienstverleningspunten voor het ten vervoer aanbieden van postzendingen en het verrichten van andere met postvervoer samenhangende handelingen;
 - c. het beschikbaar stellen van brievenbussen dan wel soortgelijke faciliteiten voor het ten vervoer aanbieden van daartoe geschikte postzendingen;
 - d. het bestellen van postzendingen;
 - e. het teruggeven van onbestelbare postzendingen aan de afzender.

De concessiehouder ondervindt dus directe contractdwang.¹⁰ Daartegenover staat dat hij een exclusieve concessie heeft om bepaalde diensten te verrichten. TPG heeft het recht om brieven tot 100 g te vervoeren, zowel in het binnenland als naar het buitenland.¹¹ Anderen mogen ook brieven tot 100 g behandelen, maar zij mogen niet onder het tarief van TPG komen.¹² TPG is verder exclusief bevoegd om voor het publiek bestemde brievenbussen te plaatsen aan of op de openbare weg en om Nederlandse postzegels uit te geven.¹³

De verplichting van TPG is dus anders van inhoud dan het monopolie, want dit laatste geldt alleen voor brieven tot 100 g, terwijl de verplichting tot vervoer geldt voor brieven en pakketten tot 10 kg. De Europese postrichtlijn geeft aan welke monopolies gehandhaafd mogen worden: zo mag voorzover nodig ter handhaving van de universele dienst bepaalde binnenlandse brievenpost worden voorbehouden.¹⁴ In Nederland is dat de brievenpost tot 100 g waarvoor TPG de exclusieve concessie heeft. In 2006 zal dit monopolie worden beperkt tot 50 g.¹⁵

Het Barp geeft nadere regels over de frequentie van ophalen en bezorgen van brieven en het aantal dienstverleningspunten dat per woonkern aanwezig

10 De letterlijke tekst van de wet geeft een prestatieplicht weer, maar dat komt neer op contractdwang, zie hierover nader hfdst. 8.

11 Art. 2a lid 1 Postwet.

12 Art. 2b Postwet.

13 Art. 2a lid 2 Postwet.

14 Zie voor het begrip universele dienstverplichting hfdst. 2, par. 4.

15 Richtlijn nr. 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 (*PbEG* 1998, L 15/14), gewijzigd bij Richtlijn nr. 2002/39/EG van 10 juni 2002 (*PbEG* 2002, L 176/21). Vanaf 1 januari 2006 zal het maximumgewicht 50 gram zijn, tenzij de prijs gelijk is aan of meer bedraagt dan tweeënhalf maal het openbare tarief van brievenpost van de laagste gewichtsklasse, aldus art. 1 van de wijzigingsrichtlijn. Zie ook Notitie Post van de Minister van EZ, aangeboden bij brief van 1 april 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 502, nr. 1, p. 2.

moet zijn.¹⁶ Ook de tarieven zijn geregeld: in de eerste plaats dient TPG aan alle klanten voor dezelfde dienst uniforme tarieven te berekenen.¹⁷ Uitzonderingen zijn toegestaan bij afzonderlijke overeenkomsten. Tariefwijzigingen voor diensten die in het kader van de concessie worden geleverd alsmede voor het pakket diensten dat representatief kan worden geacht voor de particuliere en klein zakelijk gebruiker zijn gelimiteerd via een formule die er – kort gezegd – op neerkomt dat de tariefstijging in een jaar gekoppeld is aan de loonontwikkeling in dat jaar (§ 5 Barp).¹⁸

Uit de bepalingen van de Postwet en het Barp vloeit dus directe contractdwang voort. Indirecte contractdwang kan zich voordoen op basis van artikel 82 EG-Verdrag, het verbod van misbruik van economische machtspositie. Het algemeen mededingingsrecht heeft voor de postsector met name een aanvullende functie. Het ligt immers in de rede dat de verplichtingen die in de wet- en regelgeving zijn geregeld op basis daarvan worden opgelegd, en dat het mededingingsrecht aan de orde komt in de gevallen waarin die regulering daarin niet voorziet.¹⁹

1.3 Uitzonderingen op contractdwang

Artikel 2 lid 3 Postwet bepaalt dat TPG mag weigeren post te vervoeren als het vervoer in strijd is met de wet of gevaar oplevert voor personen of zaken. Ook kan TPG weigeren post te versturen als dit strijdig is met eisen die in de algemene voorwaarden worden gesteld. Bij de herziening van de Postwet in 1987 stond deze bepaling ook al in de wet. De memorie van toelichting bij de herziene Postwet noemt als voorbeelden van weigeringsgronden: ongefrankeerde postzendingen, afmetingen die niet aan de eisen voldoen, e.d.²⁰ Arti-

16 Voor Nederland vastgelegd in punt 2.9 e.v. Barp. Deze eisen dienen te voldoen aan de Europese richtlijn, die in art. 3 lid 3 bijvoorbeeld stelt dat er minimaal 5 werkdagen per week post bezorgd en opgehaald moet worden. Het Barp stelt de frequentie vast op 6 maal per week.

17 Art. 12 van de Postrichtlijn geeft aan dat de tarieven betaalbaar moeten zijn. In beginsel dienen er landelijke uniforme tarieven te worden gehanteerd waarvan in individuele overeenkomsten kan worden afgeweken en de tarieven moeten transparant en non-discriminatoire zijn.

18 De tarieven waren in ieder geval tot 1 januari 2005 bevroren, maar deze maatregel is van tafel. Brief Minister van EZ aan de Tweede Kamer van 21 juni 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 502, nr. 2. TPG heeft aangekondigd vrijwillig af te zien van tariefsverhoging voor de consument tot 1 januari 2007. Voor de zakelijke markt volgt eventueel wel een verhoging.

19 Zie voor de aanvullende functie van het algemeen mededingingsrecht in verhouding tot sectorspecifieke regulering nader hfdst. 2, par. 4.

20 De MvT vermeldt dan: 'Indien eerst tijdens het vervoer blijkt dat bepaalde (contractuele) voorwaarden niet door de afzender zijn nageleefd biedt de in het derde lid gegeven weigeringsbevoegdheid geen uitkomst. De overeenkomst is in dat geval reeds tot stand gekomen. De rechten van de houder van de concessie, zoals bijvoorbeeld de opschorting van de vervoersplicht, moeten dan worden gevonden in de algemene regels van het

kel 3 van de Algemene Voorwaarden Opgedragen Postvervoer, dat zijn de algemene voorwaarden die TPG hanteert voor het postvervoer dat zij op grond van de wet verplicht dient te verrichten, geeft de weigeringsgronden voor TPG Post aan. Het gaat dan om gevallen waarin de postzending niet voldoet aan eisen van frankering, afmetingen, adressering e.d., dan wel dat de afzender bepaalde te verstrekken gegevens niet juist of niet volledig verstrekt. Voorts kan de zending worden geweigerd indien een internationaal verdrag of overeenkomst dat meebrengt of het vervoer gevaar oplevert voor personen en zaken.

1.4 Ratio contractdwang

De post is al vroeg een staatsmonopolie geworden. In Duitsland betekende dat ook in de wet vastgelegde contractdwang,²¹ in Nederland niet. De eerste Nederlandse postwet dateert van 17 april 1807. Een bezorgplicht stond daar niet in, maar wel werd bepaald dat alleen de Staat het recht bezat om post te verzamelen, te vervoeren en te distribueren. Dit monopolie werd echter niet feitelijk uitgeoefend: met name het postvervoer naar de afgelegen gebieden was te duur voor de Staat, dus dat werd door particulieren gedaan, die daarvoor een vergunning konden krijgen. Die vergunning werd feitelijk aan iedere verzoeker verstrekt.

Het eerste gehandhaafde staatsmonopolie dateert van 1850 en gold voor brieven tot 500 g. Ook werd voorgeschreven dat in iedere gemeente in Nederland een postkantoor werd geopend, zodra de omstandigheden het toelieten. Een contracteerplicht stond in die wetten niet opgenomen, maar omdat het ging om een staatsbedrijf was logisch dat de post bij iedereen werd bezorgd. Dit was ook de reden om in 1850 over te gaan tot het instellen van een staatsmonopolie in plaats van de post door particulieren te laten bezorgen: degene die deze verplichting kreeg, zou een monopolie moeten hebben, omdat hij anders de dunbevolkte gebieden niet zou bedienen. Een particulier monopolie werd afgewezen en dus kwam er een staatsmonopolie. Er was dus geen contractdwang in de wet opgenomen, maar er werd geen post geweigerd of in bepaalde gebieden niet bezorgd. De contractdwang kwam wel in de wet terecht toen het Staatsbedrijf PTT in 1988 werd omgezet in KPN. Daarbij werd aan KPN de exclusieve concessie voor de postbezorging verleend, met de verplichting brieven en pakketten met een maximum van 10 kg te vervoeren.²²

contractenrecht. Nadere detaillering dient plaats te hebben in de algemene voorwaarden van de houder van de concessie'. *Kamerstukken II 1987/88*, 20 371, nr. 3, p. 8. Zie hierover nader hfdst. 9.

21 Schenk 1940, p. 10.

22 Hogesteegeer 1998, p. 29-30, 45-51, 237-238. De Postwet dateert van 26 oktober 1988.

Contractdwang bij de postbezorging heeft als achtergrond het karakter van openbare dienstverlening. Post wordt gezien als een dienst waar eenieder tegen een niet te hoge prijs toegang tot moet kunnen hebben, al was het maar omdat veel zaken uit het dagelijks leven schriftelijk en daarmee per post worden afgehandeld. Denk aan het afsluiten van allerlei contracten door de consument, zoals de aanvraag voor een verzekeringsovereenkomst, of de aanvraag van lidmaatschappen. Ook rekeningen worden nog steeds in overwegende mate per post verstuurd. De postbezorging dient derhalve gegarandeerd te zijn om het maatschappelijk leven soepel te laten verlopen. Om die reden wordt een zogeheten universele dienstverplichting opgelegd.²³ In de EG-Postrichtlijn staat dat beoogd wordt dat 'een universele postdienst wordt gewaarborgd die een minimumpakket aan diensten van een duidelijk omschreven kwaliteit omvat, welk pakket in alle lidstaten tegen een betaalbare prijs aan alle gebruikers, ongeacht waar zij zich in de Gemeenschap bevinden, moet worden aangeboden'.²⁴

De vraag wordt gesteld of de universele dienstverplichting wel nodig is bij post. De verwachting is dat de post ook zonder contractdwang bij de weduwe in Appelscha bezorgd zal worden, omdat grote klanten als banken en verzekeringsmaatschappijen, die goed zijn voor meer dan 90% van de vraag, eisen dat zij iedereen per post kunnen bereiken.²⁵ Er zijn echter ook onderzoeken die uitwijzen dat de marktwerking wellicht onvoldoende sterk is om te zorgen dat de dienstverlening niet in gevaar komt.²⁶ De concurrentie doet zich in Nederland voorlopig voornamelijk voor met betrekking tot partijenpost. De post die per stuk wordt vervoerd, kost in verhouding veel geld om te verwerken en te bezorgen. Daarom is dit deel van de markt in beginsel minder interessant voor nieuwe toetreders.²⁷

De minister pleit er in de notitie Post dan ook voor om de universele dienstverplichting voor partijen brieven tot 50 g ook na 2006 nog enige tijd in stand te laten. De universele dienstverplichting voor 'losse' post blijft voorsnog zeker bestaan. De minimale universele dienstverplichting wordt overigens door de communautaire regels bepaald en niet door de Nederlandse wetgever. De tarieven voor de universele dienstverplichtingen zullen na 2007 gereguleerd blijven.²⁸

Mocht TPG op termijn te kennen geven niet langer met de universele dienstverplichting belast te willen blijven, of mochten andere partijen aangeven deze dienst te willen bieden, dan wordt een aanbestedingsprocedure gehouden. Voorlopig zal dat niet gebeuren, omdat andere aanbieders op de Nederlandse

23 Zie over het begrip universele dienstverplichting nader hfdst. 2, par. 4.

24 Richtlijn nr. 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 (*PbEG* 1998, L 15/14).

25 Advies van de Raad voor V&W 2000, *Een postmarkt zonder grenzen*, p. 4, 5, 12- 15.

26 Advies van de Raad voor V&W 2000, *Een postmarkt zonder grenzen*, p. 16.

27 Notitie post, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 502, nr. 1, p. 5.

28 Notitie post, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 502, nr. 1, p. 5-6.

markt niet uit hun kosten zouden komen als ze aan de voorwaarden van een landelijk netwerk en postbezorging minimaal zes maal per week moeten voldoen. Blijkt uiteindelijk niemand geïnteresseerd in de universele dienstverplichting, dan wordt deze opgelegd aan de grootste marktpartij, eventueel tegen financiële compensatie.²⁹

1.5 Conclusie

Contractdwang wordt in de postsector opgelegd als tegenwicht voor een monopolistische aanbieder. Als dienst van openbaar nut was de post in handen van een staatsbedrijf, zoals dat ook bij energie en openbaar vervoer het geval was. De liberalisering van de postsector moet leiden tot het verdwijnen van de monopoliepositie van de voormalige staatsbedrijven.

De vraag is wat er dan met de opgedragen werkzaamheden moet gebeuren. De bedoeling is dat de (exclusieve) concessie in ieder geval verdwijnt. De universele dienstverplichting zal naar verwachting wel blijven bestaan.

Overigens wil het feit dat het netwerk in stand blijft niet zeggen dat de service hetzelfde blijft: denkbaar is dat het aantal brievenbussen en postkantoren afneemt. TPG heeft plannen (deels inmiddels uitgevoerd) om wijzigingen aan te brengen in het aanbod en de locatie van postvestigingen. Daar zijn kamervragen over gesteld waarop de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat heeft aangegeven dat TPG binnen de eisen blijft die het Barp stelt aan de aanwezigheid van postkantoren of agentschappen. De Postbank biedt echter ook allerlei diensten aan via het netwerk van postkantoren en met name die diensten zouden worden beperkt. In de Postwet is aan OPTA en in beperkte gevallen aan de Minister van Verkeer en Waterstaat de bevoegdheid gegeven om aanwijzingen, eventueel met toepassing van bestuursdwang, op te leggen indien de wettelijke plichten niet worden uitgevoerd, maar de Postbankwet geeft die bevoegdheden niet.³⁰ Het feit dat de politiek zich er mee bemoeit illustreert overigens dat 'de post' en ook 'de bank' als diensten worden beschouwd die voor eenieder toegankelijk zouden moeten zijn.

2 TELECOMMUNICATIE

2.1 Inleiding

Contractdwang, zowel directe als indirecte, komt in de telecomsector veelvuldig voor. Ofschoon sprake is van een op bepaalde onderdelen – met name mobiele telefonie – concurrerende markt, is het ook een deels infrastructuur-

29 Notitie post, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 502, nr. 1, p. 7.

30 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XII, nr. 58, p. 1.

gebonden markt. De vaste infrastructuur (kabels) is nodig voor telefonie, internet en kabeltelevisie. De aanleg van deze infrastructuur is niet ongelimiteerd, vanwege de fysieke problemen die dat oplevert en vanwege de kosten van het aanleggen van een netwerk. Voor de vaste telefonie had KPN als oud-monopolist de infrastructuur liggen. Om concurrentie mogelijk te maken, zijn aan KPN verplichtingen opgelegd om toegang tot de infrastructuur te verlenen.³¹

Maar ook voor de mobiele netwerken, waar er meerdere van zijn, is regulering nodig. Deze netwerken moeten namelijk onderling met elkaar worden verbonden omdat anders klanten van de ene aanbieder van mobiele telefonie niet kunnen communiceren met klanten van een andere aanbieder. Met andere woorden: regulering is nodig en veelvuldig aanwezig.

De regelgeving op het gebied van telecommunicatie is Europees van oorsprong. Er zijn op 7 maart 2002 vier (nieuwe) richtlijnen verschenen met betrekking tot de Telecommunicatiemarkt. Het gaat om de Toegangsrichtlijn,³² de Kaderrichtlijn,³³ de Machtigingsrichtlijn³⁴ en de Universeledienstrichtlijn.³⁵

OPTA, de toezichthouder van de post- en telecommunicatiemarkt, kan onder het regime van de nieuwe richtlijnen verplichtingen opleggen aan ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht. Zij kan een keuze maken uit verscheidene verplichtingen, afhankelijk van wat zij nodig acht om de toegang tot telecommunicatie te waarborgen en de marktwerking te bevorderen. De richtlijnen zijn verwerkt in Nederlandse wetgeving, meer specifiek in de gewijzigde Telecommunicatiewet.³⁶

In de volgende paragraaf worden wettelijke bepalingen behandeld, die contractdwang aan de telecombedrijven opleggen. Paragraaf 3 behandelt de vraag of uitzonderingen mogelijk zijn op de contracteerplichten. In paragraaf 4 wordt ingegaan op de ratio van de contractdwang en het hoofdstuk eindigt met de conclusie in paragraaf 5.

2.2 Contractdwang

2.2.1 Inleiding

31 Zie over toegangsverplichtingen in infrastructuurgebonden sectoren nader hfdst. 2, par. 4.

32 Richtlijn nr. 2002/19/EG (*PbEG* 2002, L 108/7).

33 Richtlijn nr. 2002/21/EG (*PbEG* 2002, L 108/33).

34 Richtlijn nr. 2002/20/EG (*PbEG* 2002, L 108/21).

35 Richtlijn nr. 2002/22/EG (*PbEG* 2002, L 108/51).

36 Wetsvoorstel 28 851, geworden: Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en – diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Stb.* 2004, 189. In werking getreden op 19 mei 2004.

Er bestaat contractdwang in de verhouding tussen de netwerkeigenaar en de aanbieders van diensten. De eigenaar of beheerder van een netwerk zal overigens regelmatig zelf aanbieder van diensten via dat en andere netwerken zijn.

Tevens bestaat er contractdwang in de verhouding tussen aanbieders van diensten en eindgebruikers. Voor de eindgebruiker gaat het om de toegang tot twee diensten via aansluitpunten in zijn woning of kantoor: de telefoonaansluiting en de kabel aansluiting. Daarmee kan toegang worden verkregen tot diensten als spraaktelefonie, tv-programma's en internet.³⁷

In de Telecommunicatiewet (Tw) wordt een onderscheid gemaakt tussen ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht en ondernemingen zonder deze aanmerkelijke marktmacht. OPTA kan een telecomondernemer met aanmerkelijke marktmacht aanwijzen. Dit is volgens artikel 1.1 sub s Tw een onderneming die alleen of tezamen met andere ondernemingen over een economische kracht beschikt die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Of OPTA een onderneming met aanmerkelijke marktmacht dient aan te wijzen, hangt derhalve af van hoe de relevante markt er uit ziet.

Het begrip aanmerkelijke marktmacht werd ook onder de 'oude' Tw gebruikt, maar had toen een andere betekenis. Een onderneming met een marktaandeel van 25% bezat destijds aanmerkelijke marktmacht.³⁸ In de telecommunicatiesector is met invoering van de huidige set richtlijnen, ook wel aangeduid als het 'nieuwe kader', een stap gezet naar minder regulering en meer overlaten aan het algemeen mededingingsrecht. Dat is met name gedaan door de mogelijkheid tot het opleggen van verplichtingen, met name toegangs- en interconnectieverplichtingen, te reserveren voor bedrijven die beschikken over een economische machtspositie. In de huidige Europese richtlijnen en daarmee ook in de huidige Tw dient het begrip aanmerkelijke marktmacht te worden uitgelegd als 'economische machtspositie', zoals dat begrip gehanteerd wordt bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag.³⁹ Toch is het vaststellen van een economische machtspositie op basis van deze sector-specifieke telecomregels niet geheel gelijk te stellen met het vaststellen van een economische machtspositie op basis van artikel 82 EG-Verdrag. Een begrip uit het algemeen mededingingsrecht, dat normaal gesproken ex-post wordt toegepast, moet nu worden toegepast in een ex-ante situatie. Dit kan met zich meebrengen dat OPTA rekening moet houden met toekomstige marktontwikkelingen.⁴⁰

37 Dommering 1999, p. 28.

38 Nihoul & Rodford 2004, p. 183-184.

39 Ottow & Prompers 2002, p. 9; Nihoul & Rodford 2004, p. 285.

40 Bavasso 2004, p. 111-112; Ottow & Prompers 2002, p. 10-11.

Om vast te stellen dat er een aanmerkelijke marktmacht bestaat dient een marktanalyse plaats te vinden.⁴¹ Daarbij gaat men ervan uit dat indien een onderneming een aandeel op de relevante markt van meer dan 50% heeft, er in ieder geval sprake is van aanmerkelijke marktmacht. OPTA is op dit moment bezig met het uitvoeren van die marktanalyses en zal naar aanleiding daarvan eventueel bepaalde telecomaانبieders onder de huidige regelgeving als partij met aanmerkelijke marktmacht aanwijzen. KPN was onder de 'oude' Tw de enige onderneming met aanmerkelijke marktmacht. Onder de nieuwe Tw dient dus eerst een marktanalyse plaats moeten vinden alvorens de aanwijzing als onderneming met aanmerkelijke marktmacht kan plaats vinden.⁴²

Er zijn ook verplichtingen die zonder meer gelden voor degene met aanmerkelijke marktmacht, zonder dat OPTA ze oplegt. Deze verplichtingen staan als zodanig in de Tw. En ook voor ondernemingen zonder aanmerkelijke marktmacht staan verplichtingen in de Tw. In het onderstaande komen deze verplichtingen aan de orde voorzover zij contractdwang tot gevolg hebben. Daarbij zal steeds worden aangegeven of het verplichtingen zijn die gelden voor alle ondernemingen, of alleen voor ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht.

Verplichtingen die met zoveel woorden op de partij met aanmerkelijke marktmacht worden gelegd in de Tw leiden tot directe contractdwang. Verplichtingen die onder omstandigheden kunnen worden opgelegd (door OPTA) leiden tot indirecte contractdwang, omdat daar steeds in een concreet geval moet worden beoordeeld of er aanleiding is om een contracteerplicht op te leggen. De algemene norm moet nog in het concrete geval worden ingevuld.⁴³

Naast het feit dat ondernemingen, al dan niet met aanmerkelijke marktmacht, verplichtingen opgelegd kunnen krijgen, kan ook aan een onderneming de uitoefening van de zogenaamde universele dienstverlening worden opgelegd.⁴⁴ KPN heeft deze universele dienstverplichting opgelegd gekregen.⁴⁵ Dat betekent dat zij verplicht is zorg te dragen voor beschikbaarheid voor eenieder van het vast openbaar telefoonnetwerk, openbare betaaltelefoons, telefoongidsen en een abonnee-informatiedienst (art. 9.1 Tw).

2.2.2 *Contractdwang netwerkbeheerder/eigenaar*

2.2.2.1 *Inleiding*

De contractdwang die de beheerder/eigenaar van een telecommunicatienetwerk ondervindt, bestaat uit de verplichting om anderen toe te laten tot zijn netwerk

41 Zie over de introductie van mededingingsrechtelijke begrippen in de sectorspecifieke regulering van de telecomsector nader hfdst. 2, par. 4.

42 O.g.v. art. 19.4 Tw lopen oude verplichtingen door totdat n.a.v. de marktanalyse nieuwe besluiten zijn genomen.

43 Zie voor het begrip indirecte contractdwang hfdst. 1.

44 Zie voor het begrip universele dienstverplichting nader hfdst. 2, par. 4.

45 Art. 20 Tw.

om eind- tot eindverbindingen te bewerkstelligen. Dit wordt interoperabiliteit genoemd. Ook kan hij verplicht zijn om het eigen netwerk te verbinden met een ander netwerk, bijvoorbeeld om te zorgen dat klanten van verschillende mobiele telefoonaanbieders elkaar kunnen bereiken. Dit wordt interconnectie genoemd.

Interoperabiliteit en interconnectie zijn allebei vormen van toegang. Toegang is een ruim begrip, dat kan slaan op toegang tot de markt door een nieuwkomer, maar dat bijvoorbeeld ook betrekking kan hebben op het krijgen van toegang tot het netwerk van een operator of op de toegang van eindgebruikers tot bepaalde diensten.⁴⁶ In artikel 1.1 sub l Tw wordt toegang als volgt gedefinieerd: 'het aan een andere onderneming beschikbaar stellen van netwerkkonderdelen, bijbehorende faciliteiten of diensten onder uitdrukkelijke voorwaarden al dan niet op exclusieve basis ten behoeve van het aanbieden van elektronische communicatiediensten of het verspreiden van programma's aan het publiek door die onderneming.'

In hoofdstuk 6a Tw staan de verplichtingen die alleen gelden voor partijen met aanmerkelijke marktmacht. In hoofdstuk 6 Tw staan de verplichtingen die gelden voor alle partijen, ook die zonder aanmerkelijke marktmacht. In de volgende subparagrafen komen eerst de verplichtingen uit hoofdstuk 6a aan de orde, vervolgens de verplichtingen uit hoofdstuk 6 en daarna wordt kort ingegaan op de toegang tot de kabel.

2.2.2.2 Verplichtingen voor partijen met aanmerkelijke marktmacht

Toegang algemeen

Artikel 6a.2 Tw:

1. Indien uit een onderzoek (...) blijkt dat een relevante markt onderscheidenlijk een transnationale markt niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en:
 - a. legt hij ieder van hen, voorzover passend verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 of 6a.12 tot en met 6a.15 op; (...)

Artikel 6a.6 Tw:

1. Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om te voldoen aan redelijke verzoeken tot door het college te bepalen vormen van toegang, onder andere indien het college van oordeel is dat het weigeren van toegang of het stellen van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect,

⁴⁶ Zie over de (vele) betekenissen van toegang in de telecommunicatiesector, en de bijbehorende regelingen: Van Duijvenvoorde 2003, p. 39-55.

- de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte eindgebruikersmarkt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn.
2. De verplichting, bedoeld in het eerste lid, kan onder meer inhouden dat de desbetreffende onderneming:
 - a. aanbieders van elektronische communicatiediensten toegang verleent tot bepaalde netwerkelementen of faciliteiten, met inbegrip van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk;
 - b. te goeder trouw onderhandelt met aanbieders van elektronische communicatiediensten die verzoeken om toegang;
 - c. reeds verleende toegang tot faciliteiten niet intrekt;
 - d. op groothandelsbasis bepaalde diensten aanbiedt voor wederverkoop door aanbieders van elektronische communicatiediensten;
 - e. open toegang verleent tot technische interfaces, protocollen of andere kerntechnologieën die onmisbaar zijn voor de interoperabiliteit van openbare elektronische communicatiediensten of virtuele netwerkdiensten;
 - f. co-locatie of andere vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten aanbiedt, inclusief gedeeld gebruik van kabelgoten, gebouwen of masten;
 - g. bepaalde diensten aanbiedt die nodig zijn voor de interoperabiliteit van de aan gebruikers geleverde eind- tot einddiensten, inclusief faciliteiten voor intelligente netwerkdiensten of roaming binnen mobiele elektronische communicatienetwerken;
 - h. toegang verleent tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare softwaresystemen die nodig zijn om eerlijke concurrentie bij het aanbieden van elektronische communicatiediensten te waarborgen;
 - i. zorgt voor interconnectie van openbare elektronische communicatienetwerken of netwerkfaciliteiten.

Het gaat in de gevallen die in artikel 6a.6 zijn opgesomd om indirecte contractdwang. Er staat niet met zoveel woorden in de wet dat de partij met aanmerkelijke marktmacht verplicht is toegang te verlenen. Evenmin staat er onder welke voorwaarden toegang moet worden verleend. Dit wordt overgelaten aan OPTA.

In het navolgende concentreer ik mij op de verplichting tot interconnectie en interoperabiliteit. Overige toegangsverplichtingen, bijvoorbeeld tot het voldoen aan redelijke verzoeken tot het gezamenlijk gebruik van antenne-opstelpunten (art. 3.11 Tw en 6a.6 sub f Tw) of het medegebruik van kabelgoten (art. 5.10 Tw en 6a.6 sub f) komen verder niet uitgebreid aan de orde.

(Pre)-carrier select

Een vorm van directe contractdwang voor de onderneming met aanmerkelijke marktmacht, bestaat met betrekking tot pre-carrier en carrier select diensten.⁴⁷ Hier staat de verplichting in de bepaling zelf genoemd. Zij is niet afhankelijk van een nader besluit van OPTA. Artikel 6a.16 Tw luidt:

⁴⁷ De vaste verbinding van KPN wordt gebruikt, maar de eindgebruiker belt via een andere maatschappij, denk aan One-Tel of aan Tele 2.

1. Een onderneming ten aanzien waarvan (...) is vastgesteld dat zij (...) beschikt over een aanmerkelijke marktmacht bij de aanbidding van toegang tot en het gebruik van openbare telefoonnetwerken op een vaste locatie, wordt als zodanig aangewezen door het college. (...)

Artikel 6a.17 Tw:

1. Een onderneming die krachtens artikel 6a.16, eerste lid, is aangewezen draagt, voorzover zij is aangewezen, er zorg voor dat voor haar abonnees de voorzieningen beschikbaar zijn die het hen mogelijk maken om per oproep door middel van een keuzecode of standaard door middel van een voorkeuze de diensten af te nemen van aanbieders die toegang hebben tot haar openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie en de openbare telefoondienst, of een substantieel onderdeel daarvan, op een vaste locatie aanbieden. (...)

Huurlijnen

De netwerkbeheerder die beschikt over aanmerkelijke marktmacht kan voorts verplicht zijn huurlijnen te leveren. Huurlijnen zijn vaste verbindingen die volledig ter beschikking van de gebruiker staan. Artikel 6a.19 lid 1 Tw bepaalt daartoe:

Een onderneming die krachtens artikel 6a.18, eerste lid is aangewezen, levert op verzoek en binnen een redelijke termijn de typen huurlijnen uit het minimumpakket van huurlijnen waarvoor zij is aangewezen.

KPN is door OPTA aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht voor huurlijnen.⁴⁸

2.2.2.3 Verplichtingen voor alle aanbieders: interoperabiliteit

Artikel 6.1 lid 1 Tw gaat over interoperabiliteit, dat wil zeggen het tot stand brengen van eind- tot eindverbindingen, en luidt:

1. Een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, treedt op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten met die aanbieder in onderhandeling met het oog op het sluiten van een overeenkomst op basis waarvan de nodige maatregelen worden genomen, waaronder

⁴⁸ Besluit van 27 maart 2002. Dit besluit is door de Rechtbank Rotterdam vernietigd, omdat de motivering voor de aanwijzing onvoldoende was. Rb. Rotterdam 9 december 2003, LJN: AN9799, <www.rechtspraak.nl>. In hoger beroep heeft het CBB voor een deel van de huurlijnmarkten de aanwijzing van KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht gesanctioneerd, voor de overige huurlijnmarkten moet OPTA een nadere motivering van de aanwijzing geven. Uitspraak CBB 8 september 2004, LJN: AR1296, <www.rechtspraak.nl>.

zo nodig door middel van interconnectie van de betrokken netwerken, opdat eind- tot eindverbindingen tot stand worden gebracht. (...)

3. Het college kan op aanvraag van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten die van mening is dat een andere aanbieder jegens hem de verplichting tot onderhandelen niet nakomt, voorschriften geven met betrekking tot de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd moeten worden, onverminderd het recht van aanbieders gezamenlijk de onderhandelingen te beëindigen. De betrokken aanbieders houden zich bij hun onderhandelingen aan de door het college gegeven voorschriften.

In artikel 6.2 Tw staat vervolgens contractdwang:

1. Indien de onderhandelingen, bedoeld in artikel 6.1, niet resulteren in een overeenkomst tussen de in dat artikel bedoelde aanbieders, kan het college op aanvraag van een van hen, voorzover naar het oordeel van het college verdere onderhandelingen redelijkerwijs niet meer zullen leiden tot een overeenkomst, de andere betrokken aanbieder, voorzover deze daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, verplichten de door de aanvrager gewenste eind- tot eindverbindingen tot stand te brengen en te waarborgen onder door het college te bepalen voorwaarden, indien het college van oordeel is dat de belangen van de andere aanbieder die ertoe geleid hebben dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen redelijkerwijs niet opwegen tegen de belangen van de indiener van het verzoek.
2. Het college kan voorts ambtshalve (...) aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleren, verplichtingen opleggen met betrekking tot het tot stand brengen en waarborgen van eind- tot eindverbindingen (...).

Bovenstaande verplichting geldt voor alle aanbieders, niet slechts voor die met aanmerkelijke marktmacht. Dit is een geval van indirecte contractdwang: OPTA legt eventueel de verplichting op om de verbindingen tot stand te brengen. Het uitgangspunt is dat de partijen zelf tot overeenstemming komen. De onderhandelingsplicht houdt in dat een verzoek om interconnectie serieus moet worden behandeld. Een directe afwijzing, zonder enige onderhandeling, voldoet niet aan de verplichting tot onderhandeling. Een afwijzing na onderhandelingen, zal met redenen omkleed dienen te zijn.

Bovengenoemde bepalingen hebben betrekking op interoperabiliteit: het tot stand brengen van eind- tot eindverbindingen. Eén van de wijzen om dat te bewerkstelligen, is interconnectie: het met elkaar verbinden van netwerken. In de oude Tw stond in artikel 6.1 Tw een verplichting tot interconnectie. Nu is er sprake van een *onderhandelingsplicht*. Er wordt derhalve meer ruimte gelaten aan de marktpartijen zelf. De contractvrijheid is daarmee iets toegenomen op dit punt, hoewel nog steeds sprake is van contractdwang. De wijziging van de verplichting tot interconnectie tot een minder vergaande onderhande-

lingsplicht, is geen idee van de Nederlandse wetgever, maar komt voort uit de Toegangsrichtlijn die onderhandeling in plaats van een directe verplichting tot interconnectie voorschrijft. De richtlijn gaat er van uit dat nu de markt tot enige ontwikkeling is gekomen, er plaats is voor meer vrijheid en eigen verantwoordelijkheid van de aanbieders. Dit is in lijn met het meer algemeen geformuleerde idee dat verplichtingen op basis van sectorspecifieke regulering niet verder moeten gaan dan noodzakelijk is. Indien de markt het toelaat, dienen ook de belangen van de desbetreffende aanbieders in ogenschouw te worden genomen. Deze belangen zijn bijvoorbeeld de inbreuk die op het eigendomsrecht en op de contractvrijheid van de aanbieders wordt gemaakt door het opleggen van toegangsverplichtingen, of de beperking van de bereidheid tot investeringen in netwerken die dergelijke verplichtingen met zich mee kunnen brengen.⁴⁹

In hoofdstuk 2 bleek dat onderhandelde toegang bij het gastransport als mogelijkheid uit de gasrichtlijn is verdwenen. In de energiesector wordt gereguleerde toegang verkozen boven onderhandelde toegang. Daarbij werd ook gewezen op de nadelen die onderhandelde toegang kent. Die nadelen zijn onder meer dat er een limiet moet worden gesteld aan de onderhandelingsperiode, dat er meer onzekerheid bestaat en dat er uiteindelijk toch een zekere mate van regulering noodzakelijk blijkt.⁵⁰ In de telecommunicatiesector is ondanks de genoemde bezwaren toch gekozen voor onderhandelingen, als het gaat om interconnectie. Dat heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat er inmiddels een praktijk van het sluiten van interconnectie-overeenkomsten is gegroeid.⁵¹ Daarbij is er bij interconnectie sprake van een wederzijdse afhankelijkheid. Alle aanbieders van (mobiele) telefonie en overige netwerk-diensten hebben er belang bij dat de netwerken op elkaar zijn aangesloten. De klanten eisen dat ook: onafhankelijk van bij welke telecommunicatieaanbieder iemand klant is, deze moet bereikbaar zijn. Als een markt nog maar net geopend is, zijn de nieuwe aanbieders nog sterk afhankelijk van de voormalig monopolist: deze heeft immers het grootste klantenbestand. Die klanten moeten bereikbaar zijn voor de klanten van de nieuwe aanbieder. Naarmate de nieuwe aanbieders meer klanten krijgen, werkt dit echter ook andersom. De afhankelijkheid wordt wederzijds. In een dergelijke situatie is voorstelbaar dat interconnectieovereenkomsten makkelijker worden gesloten.⁵² Er is meer evenwicht in de verhoudingen tussen de partijen ontstaan.

Een derde punt dat nog opmerking verdient in dit verband is dat de vrijheid die aan de aanbieders wordt geboden om zelf te onderhandelen over

49 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 24-26 en p. 102. Zie daarover nader hfdst. 2, par. 4 en de bespreking van de bezwaren die kunnen rijzen tegen een ruimhartige toepassing van de zogeheten 'essential facilities doctrine' in het mededingingsrecht, hfdst. 7, par. 2.2.4.

50 Zie hierover nader hfdst. 2, par. 4.

51 Zie hierover nader hfdst. 2, par. 4.

52 Vgl. Nihoul & Rodford 2004, p. 192.

de interconnectieovereenkomsten, nu ook weer niet zo heel groot is. In de eerste plaats kan OPTA op grond van artikel 6.1 lid 3 Tw procedurevoorschriften opleggen, zoals het stellen van termijnen waarbinnen de onderhandelingen moeten beginnen of moeten worden hervat. Ten tweede kan OPTA, als de onderhandelingen niet tot resultaat leiden, op grond van art. 6.2 Tw onder de voorwaarden daar genoemd, de weigerachtige partij verplichten tot het tot stand brengen van interoperabiliteit. Ten derde wordt de onderhandelingsplicht zelfs volledig los gelaten in artikel 6.3 Tw. Met artikel 6.3 Tw in combinatie met het besluit interoperabiliteit⁵³ is ten aanzien van de openbare telefoondienst een verdergaande verplichting tot het tot stand brengen van eind- tot eindverbindingen op de aanbieders gelegd, dan op grond van artikel 6.1 en 6.2 Tw het geval is. Artikel 6.1 en 6.2 Tw nemen het initiatief van de aanbieders zelf om tot interoperabiliteit te komen als uitgangspunt. Voor de openbare telefoondienst werd een verdergaande verplichting om eind- tot eindverbindingen tot stand gebracht nodig geacht, om zeker te stellen dat gebruikers elkaar te allen tijde kunnen bellen, ongeacht bij welke aanbieder zij klant zijn.⁵⁴ Artikel 6.3 Tw luidt:

1. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen, indien dit in het licht van de doelstellingen, bedoeld in artikel 1.3 gerechtvaardigd is, categorieën van openbare elektronische communicatiediensten worden aangewezen waarvan de aanbieders van de tot een aangewezen categorie behorende diensten en de aanbieders van de daarbij betrokken netwerken, voorzover zij de toegang tot eindgebruikers controleren, in Nederland eind- tot eindverbindingen tot stand moeten brengen en waarborgen.
2. Op verzoek van aanbieders die buiten Nederland elektronische communicatiediensten aanbieden die behoren tot een krachtens het eerste lid aangewezen categorie van diensten, nemen de aanbieders, bedoeld in het eerste lid, de nodige maatregelen voor het tot stand brengen en waarborgen van eind- tot eindverbindingen met betrekking tot de in het buitenland aangeboden diensten. (...)
4. Onverminderd het derde lid, treedt ter uitvoering van het eerste of, ingeval van een verzoek, tweede lid iedere daar bedoelde aanbieder met andere daar bedoelde aanbieders in onderhandeling om overeenkomsten te sluiten op basis waarvan maatregelen worden genomen opdat eind- tot eindverbindingen tot stand komen en zijn gewaarborgd.

De algemene maatregel van bestuur waarover wordt gesproken is het besluit interoperabiliteit.⁵⁵ De categorieën van openbare elektronische communicatiediensten die in deze AMVB worden aangewezen is op dit moment één categorie,

53 Besluit van 7 mei 2004, *Stb.* 2004, 205.

54 Nota van toelichting bij het besluit Interoperabiliteit, *Stb.* 2004, 205, p. 5.

55 Besluit van 7 mei 2004, *Stb.* 2004, 205.

namelijk de openbare telefoondienst.⁵⁶ In de artikelen 3 en 4 van het besluit in combinatie met artikel 6.3 Tw staat – kort gezegd – dat aanbieders alle maatregelen moeten nemen die noodzakelijk zijn om telefoongesprekken van de ene gebruiker naar de andere gebruiker van telefoondiensten in Europa mogelijk te maken. Dit impliceert contractdwang. Om deze eind- tot eindverbindingen te bewerkstelligen, zal immers onder andere gecontracteerd moeten worden tussen de verschillende aanbieders, bijvoorbeeld over de voorwaarden waaronder netwerken aan elkaar worden gekoppeld en gesprekken worden afgehandeld. Waar het bij toepassing van artikel 6.1 en 6.2 Tw mogelijk is dat beide partijen zélf besluiten niet tot interoperabiliteit over te willen gaan, is dat voor de openbare telefoondienst niet toegestaan.

2.2.2.4 Toegang tot de kabel

Ook de verplichte toegang tot de kabel valt onder de contractdwang op het gebied van telecommunicatie. Hier dient te worden onderscheiden tussen het verplicht doorgeven van programma's via de kabel, dus de toegang tot de kabel voor programma-aanbieders, en de toegang tot de kabel voor eindgebruikers (degenen die kabeltelevisie kijken of internetten of telefoneren via de kabel).

Dit is deels in de Mediawet geregeld. In artikel 82i Mediawet staat dat aanbieders van omroepnetten verplicht zijn aan alle aangeslotenen op de kabel een minimumpakket aan te bieden van ten minste 15 televisieprogramma's voor algemene omroep en 25 radioprogramma's voor algemene omroep. Daarbij is de samenstelling deels vastgelegd: de programma's van de publieke omroep moeten bijvoorbeeld worden doorgegeven (het zogeheten 'must carry' pakket). Welke van de overblijvende programma-aanbieders in het pakket worden opgenomen, wordt door een gemeentelijke programmaraad bepaald. Een programmaraad is een onafhankelijk adviesorgaan dat de kabelexploitant adviseert over de programma's die in het wettelijk minimumpakket worden opgenomen. Van dit advies kan door de kabelexploitant alleen wegens zwaarwichtige redenen worden afgeweken, aldus artikel 82k Mediawet. Op verzoek van de kabelexploitant kan de programmaraad ook adviseren over de overige programma's die worden uitgezonden.

Programma-aanbieders sluiten een kabel distributieovereenkomst met de kabelexploitant, in ieder geval over het gedeelte dat niet onder het 'must carry' pakket valt. Daarbij kan het voorkomen dat deze overeenkomst wordt gesloten tegen de zin van de exploitant, maar ook dat de overeenkomst juist tegen de zin van programma-aanbieder wordt gesloten. De wet, en de programmaraad, bepalen namelijk wat er in het minimumpakket zit. Zo kan de programma-aanbieder het doorgiftetarief dat hij aan de kabelexploitant moet betalen te hoog vinden. Dat kan een reden zijn om niet met deze kabelexploitant te contracteren. Het omgekeerde komt ook voor: juist de aanbieder van het

56 Art. 2 Besluit interoperabiliteit, *Stb.* 2004, 205.

programma wenst betaling te ontvangen voor het doorgeven van zijn programma's. Sommige programma-aanbieders betalen voor toegang tot de kabel, andere programma-aanbieders betalen daar niet voor en ook zijn er programma-aanbieders die betaling ontvangen voor doorgifte van hun programma's.⁵⁷

Indien het gaat om programma's waarin het advies van de programmaraad verplicht is en de programmaraad beslist dat het programma in het pakket moet, dan dienen in beginsel beide partijen te contracteren. Een belangrijke uitzondering op dit verplicht contracteren wordt echter gevormd door de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 82k Mediawet, waarin staat dat de aanbieder van een omroepnetwerk om zwaarwichtige redenen kan afwijken van het advies van de programmaraad. Het Commissariaat voor de Media neemt daar de beslissing over, en heeft daartoe ook beleidsregels opgesteld.⁵⁸ In die beleidsregels staat ondermeer dat als zwaarwichtige reden om van het advies van de programmaraad af te wijken kan gelden dat het advies teveel dure programma's bevat.⁵⁹ Het advies van de programmaraad is zwaarwegend voorzover het het aspect pluriformiteit betreft en het Commissariaat zal op dat aspect dan ook terughoudend toetsen. Wat betreft aspecten die een bedrijfseconomisch verantwoorde exploitatie in gevaar brengen, wordt minder terughoudend getoetst en legt de opvatting van de kabelexploitant hierover veel gewicht in de schaal.⁶⁰ Het feit dat de programma-aanbieders toestemming weigeren voor doorgifte, is een zwaarwegende reden voor de kabelexploitant om de programma's niet door te geven, ondanks het advies van de programma-raad. Dit heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitgemaakt.⁶¹ In de betreffende zaak heeft Casema, in strijd met het advies van de programmaraad Bollenstreek, de programma's van RTL 4, Yorin en SBS 6 niet opgenomen in het wettelijk minimumpakket, omdat de programma-aanbieders hiervoor geen toestemming gaven. Zij wensten alleen in het standaardpakket te worden opgenomen. Deze uitspraak betekent dat de programmaraden niet kunnen bepalen welke programma's er in het minimumpakket worden opgenomen, als de programmamakers zelf die opname niet wensen. Bovendien is nu uitgemaakt dat de kabelexploitant daarvoor niet verantwoordelijk gesteld kan worden en dat aan hem geen boete terzake kan worden opgelegd.

57 Brief van 18 maart 2004 van de Minister van EZ en de Staatssecretaris van OCW, *Kamerstukken II* 2003/04, 26 643 en 27 088, nr. 49, p. 5.

58 Beleidsregels inzake afwijken door aanbieder van een omroepnetwerk van programmaraad-advies (art. 82k Mediawet), te downloaden van <www.cvdn.nl> onder 'beleidsregels'. Het Commissariaat voor de Media beslist in beginsel over de toegang van programma's tot het wettelijk minimumpakket en OPTA beslist over de toegang van programma's die boven het wettelijke minimumpakket uitgaan, aldus de tekst op de website van het Commissariaat voor de Media.

59 Hfdst. 3, onder d, van de beleidsregel.

60 Aldus de bovengenoemde beleidsregel, hfdst. 6, artikelgewijze toelichting, onder art. 3.

61 ARRvS 28 juli 2004, Commissariaat voor de Media tegen Casema. Te vinden op <www.raad.vanstate.nl>, uitspraaknummer 200400154/1.

Op dit moment hebben kabelexploitanten nog een monopoliepositie. Als het gaat om programma-aanbod zelfs naar twee kanten: programma-aanbieders hebben de kabel nodig om hun kijkers te bereiken en de kijker heeft een kabelaansluiting nodig om televisie te kijken. Er zijn voor de kijker wel alternatieven, zoals een satellietshotel, maar 90% van de mensen kijkt via de kabel. Voor internet en telefonie, hetgeen ook via de kabel kan, is het monopolie er niet. Daar heeft KPN het grootste deel van de markt in handen door middel van de 'reguliere' telefoonlijnen.

2.2.3 Contractdwang aanbieder diensten via het netwerk

Voor contractdwang is naast de toegangsrichtlijn ook de universeledienstrichtlijn van belang, omdat deze betrekking heeft op het aanbieden van elektronische communicatienetwerken en -diensten aan eindgebruikers. Het gaat dus anders dan bij de toegangsrichtlijn niet zozeer om de toegang tot het netwerk door de aanbieders van telecommunicatiediensten, maar om de relatie tussen de aanbieder en de eindgebruiker (waaronder de consument).⁶² Artikel 4 van de richtlijn bepaalt daartoe:

1. De lidstaten zorgen ervoor dat aan alle redelijke aanvragen om aansluiting op een vaste locatie op het openbare telefoonnetwerk en om toegang tot openbare telefoondiensten op een vaste locatie door ten minste één onderneming wordt voldaan.
2. De geleverde aansluiting stelt de eindgebruikers in staat lokale, nationale en internationale telefoongesprekken tot stand te brengen en te ontvangen, en biedt de mogelijkheid van faxcommunicatie en datacommunicatie met datasnelheden die toereikend zijn voor functionele toegang tot internet, rekening houdend met de door de meerderheid van de abonnees gangbare technologieën en met de technologische haalbaarheid.

De lidstaten moeten zorgen dat de universele dienst beschikbaar is tegen betaalbare prijzen, ongeacht de geografische ligging.⁶³ Ook de telefoongids en de telefonische inlichtingendienst behoren tot de universele dienst.⁶⁴ Artikel 6 van de richtlijn geeft regels over de beschikbaarheid van openbare betaaltelefoons, al naar gelang de behoefte. De lidstaten hebben de mogelijkheid om één of meer ondernemingen aan te wijzen die aan deze universele dienstverplichtingen moet voldoen.⁶⁵

⁶² Zie art. 1 van de richtlijn.

⁶³ Zie voor het begrip universele dienstverplichting nader hfdst. 2, par. 4.

⁶⁴ Art. 3 en 5 van de richtlijn.

⁶⁵ Art. 8 van de richtlijn.

In Nederland is momenteel KPN Telecom aangewezen als aanbieder van de universele dienst spraaktelefonie.⁶⁶ De betreffende bepaling is artikel 9.1 Tw:

De volgende diensten zijn voor iedere eindgebruiker, onafhankelijk van diens geografische locatie, tegen een betaalbare prijs en met een bepaalde kwaliteit beschikbaar:

- a. het naar aanleiding van een redelijk verzoek aansluiten op het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie en het bieden van toegang tot de openbare telefoondienst op een vaste locatie;
- b. openbare betaaltelefoons;
- c. gedrukte telefoongidsen;
- d. elektronische telefoongidsen, en
- e. een abonnee-informatiedienst. (...)

In de volgende artikelen van de Tw is geregeld dat degene aan wie deze universele dienstverlening wordt opgedragen een vergoeding kan krijgen van OPTA en dat andere telecomaanhouders een bijdrage aan OPTA moeten betalen om de universele dienstverlening te bekostigen.⁶⁷

KPN moet eenieder die daarom verzoekt een telefoonaansluiting leveren. In de praktijk voert KPN deze plicht uit door de abonnementsvormen 'Belbudget', 'Belbasis' en 'Belplus' aan te bieden. In het kader van de betaalbaarheid zijn voor 'Belbudget' wettelijke maximum tarieven vastgesteld.

KPN ondervindt contractdwang vanwege het opgelegd zijn van de universele dienstverplichting door de minister. Ik beschouw dit als een vorm van directe contractdwang, daar de verplichtingen in de wet staan, en alleen de aanwijzing van wie voor een bepaalde periode de universele dienstverplichting opgelegd krijgt door de minister geschiedt. KPN kan dus in beginsel niet weigeren een vaste telefoonaansluiting te verzorgen. Over deze contracten en de voorwaarden daarvan zie nader hoofdstuk 9.

KPN mag bij het uitoefenen van de universele dienstverlening geen aanvullende voorwaarden stellen, anders dan de voorwaarden die in de wet zijn opgenomen. Dit zou kunnen leiden tot een inperking van de universele dienstverplichting.⁶⁸

2.3 Uitzonderingen op contractdwang

In de gevallen van indirecte contractdwang, waaronder de meeste toegangsverplichtingen te rubriceren zijn, zullen eventuele uitzonderingen al in het besluit dat OPTA neemt, worden meegenomen. Feitelijk is er dan dus geen sprake van

⁶⁶ Zie art. 20 Tw.

⁶⁷ Zie met name art. 9.4 Tw.

⁶⁸ Aldus bepaald in het Besluit universele dienstverlening (Bud), art. 5 en 6.

uitzonderingen op contractdwang. In het navolgende wordt desalniettemin ingegaan op de gronden die OPTA mee kan wegen bij het bepalen van de omvang van de verplichtingen die zij oplegt.

Een aanbieder van infrastructuur zou toegang kunnen weigeren als hij kan aantonen dat er onvoldoende capaciteit beschikbaar is om aan het toegangsverzoek te voldoen. Hij kan de beschikbare capaciteit voor eigen gebruik nodig hebben. Het is ook mogelijk dat nakoming van contractuele verplichtingen maakt dat geen toegang kan worden geboden: bestaande contracten gaan voor nieuwe toetreders. In beide gevallen zal de aanbieder voldoende aannemelijk moeten maken dat er onvoldoende capaciteit beschikbaar is. De exploitant moet bij het aangaan van nieuwe contracten wel rekening houden met zijn wettelijke toegangsverplichtingen. Het verhuren van capaciteit aan zichzelf of aan een ander, die vervolgens niet wordt gebruikt, zou in strijd kunnen zijn met de wettelijke toegangsverplichting.⁶⁹ Een exploitant van een netwerk dient eventueel op verzoek van andere partijen zijn capaciteit uit te breiden, indien die andere partijen bereid zijn te betalen voor de extra kosten die moeten worden gemaakt. De vraag in hoeverre de plicht om toegang te verlenen ook betekent dat – onder de hiervoor aangegeven voorwaarden – geïnvesteerd zou moeten worden als gevolg van concrete toegangsverzoeken, moet OPTA in concrete gevallen beoordelen. De mate waarin degene die toegang verzoekt ook daadwerkelijk afhankelijk is van de infrastructuur waartoe toegang wordt gevraagd, speelt hierbij een rol, evenals de praktische en technische mogelijkheden om de capaciteit uit te breiden en de vraag in hoeverre zulke uitbreidingen een te zware belasting vormen voor de normale bedrijfsvoering.⁷⁰

KPN geeft in zijn algemene voorwaarden die gelden voor vaste telefonie in artikel 3 de volgende weigeringsgronden. De aanvraag kan door KPN worden geweigerd indien de aanvrager handelingsonbekwaam is, of hij niet de gevraagde gegevens overlegt. Ook indien de aanvrager overige in de algemene voorwaarden gestelde verplichtingen niet nakomt en die niet-nakoming de weigering rechtvaardigt, of aannemelijk is dat hij een dergelijke verplichting niet zal nakomen, kan KPN de telefoonaansluiting weigeren. Weigering is eveneens geoorloofd indien de aanvrager nog schulden uit eerdere overeenkomsten met KPN heeft, aldus de algemene voorwaarden.

2.4 Ratio contractdwang

De achtergrond van contractdwang is ook in de telecomsector de combinatie van een onderneming met een economische machtspositie aan de aanbodzijde

69 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 203, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 14-15. Vgl. bij energie: Cameron 2002, p. 312-313.

70 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 203, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 16.

en afhankelijkheid van de toegang tot het netwerk of van de aangeboden dienst door (potentiële) concurrenten of klanten. Het machtsonevenwicht dat in dergelijke marktomstandigheden kan ontstaan wordt rechtgetrokken door regelgeving die het mogelijk maakt om aan een onderneming contracteerplichten op te leggen.⁷¹ Voorheen had KPN als enige aanbieder een monopolie. Inmiddels ontstaat steeds meer concurrentie. Het netwerk voor vaste telefonie is nog steeds een monopolie. Wel is vaste telefonie ook mogelijk via de kabel, maar daar wordt nog weinig gebruik van gemaakt. Voor mobiele telefonie bestaat geen monopolie met betrekking tot de infrastructuur, hoewel daar het aantal netwerken ook niet onbegrensd is omdat de frequenties gelimiteerd zijn.

Pas vanaf 1998 is een einde gekomen aan de monopolies van de overheidsbedrijven die tot dat moment in de verschillende Europese landen de telecommarkt in handen hadden. De liberalisering van de telecommunicatiemarkt is ingezet vanuit Europa. Doel van de liberalisering was onder andere het bevorderen van de interne Europese markt en het op gang brengen van concurrentie.⁷² Meer concurrentie zou de eindgebruiker ten goede komen, ook vanwege de verwachting dat meer concurrentie ook zou leiden tot meer innovatie. De indruk bestond dat in de VS, waar men door middel van regulering de telecommunicatiemarkten verder tot ontwikkeling probeerde te brengen, betere technologie voorhanden was dan in Europa met haar monopolistische structuren.⁷³

Wil concurrentie op gang kunnen komen, dan is, zoals in alle infrastructuurgebonden sectoren, toegang tot die infrastructuur voor (potentiële) concurrenten noodzakelijk. Om deze toegang te bewerkstelligen is regulering nodig. Zeker in gevallen waarin de beheerder van een telecommunicatienetwerk niet alleen dat netwerk beheert, maar zelf ook telecommunicatiediensten aanbiedt, zoals meestal het geval is, is hij een concurrent van degenen die toegang tot zijn netwerk wensen. Toegang tegen redelijke voorwaarden komt dan zonder regulering niet tot stand.⁷⁴ In overweging 5 van de Toegangsrichtlijn staat de ratio als volgt verwoord: 'In het kader van de totstandbrenging van een efficiëntere, echte pan-Europese markt met een reële mededinging, met meer keuze en concurrerende dienstverlening voor de consument, moeten onder-

71 Vgl. Nihoul & Rodford 2004, p. 222-223.

72 Vgl. hetgeen hiervoor is gezegd over de doelen van het Europees (mededingings)beleid, hfdst. 2, par. 4.

73 Nihoul & Rodford 2004, p. 33. Overigens kan niet altijd worden aangenomen dat het bestaan van monopolies leidt tot te weinig innovatie. Zo wordt ook wel aangevoerd dat te hevige competitie leidt tot te weinig investeringen, met name op punten die niet direct met output te maken hebben, zoals onderhoud en innovatie op de lange termijn. Verder kunnen rechten die een monopolie verschaffen, waarbij met name aan intellectuele eigendomsrechten kan worden gedacht, weliswaar de mededinging beperken, maar zijn ze wel nodig om bedrijven te prikkelen om met innovaties te komen. Hier bestaat een spanning: enerzijds zijn wettelijke monopolies onwenselijk, anderzijds zijn ze in deze gevallen nodig. Whish 2003, p. 11-12.

74 Nihoul & Rodford 2004, p. 176. Zie nader hfdst. 2, par. 4.

nemingen die het verzoek om toegang of interconnectie krijgen, in beginsel zulke overeenkomsten sluiten en te goeder trouw onderhandelen.'

En in overweging 6: 'In markten waar tussen ondernemingen grote verschillen in onderhandelingscapaciteit blijven bestaan, en waar sommige ondernemingen gebruik maken van door anderen verschaft infrastructuur voor het aanbieden van hun diensten, dient een kader voor regels te worden vastgesteld om ervoor te zorgen dat de markt efficiënt functioneert.' Ook nadat de concurrentie op gang komt, zoals nu op de Nederlandse telecommarkt gebeurt,⁷⁵ blijft in de overgangsfase naar volledige mededinging derhalve toezicht nodig. Het 'nieuwe kader' voor de telecommunicatiesector wordt wel geïnterpreteerd als een stap op weg naar een systeem gebaseerd op het algemeen mededingingsrecht in plaats van op regulering.⁷⁶ Toch is het niet zo, dat nu de sectorspecifieke ex-ante regulering wordt losgelaten. Dat zou betekenen dat er onderhandeld wordt over de toegang tot netwerken en over interconnectie, en dat alleen als een onderneming daarbij misbruik van machtspositie maakt, wordt ingegrepen. Deze ex-post benadering heeft echter belangrijke nadelen, zoals eerder reeds werd besproken. De markt is nog niet in het stadium dat hierop volledig kan worden vertrouwd. Dat geldt ook voor mobiele telefonie, waar de grootste marktwerking bestaat.

Op die markt voor mobiele telefonie vormt het netwerk weliswaar geen natuurlijk monopolie (waar een tweede infrastructuur fysiek of economisch onmogelijk is), maar desalniettemin geeft ook dan een bestaand netwerk marktmacht voor een langere termijn. Dat komt doordat een netwerk duur is om aan te leggen en doordat het gaat renderen naarmate er meer mensen op worden aangesloten. Hoe meer klanten, hoe lager de kosten per klant, dus de eerste aanbieder is snel het goedkoopst. Bovendien is aansluiting voor de klanten meer waard als al meer anderen zijn aangesloten op datzelfde netwerk. De post- en telecomsector zijn voorbeelden van markten die netwerkeffecten kennen: de waarde van een product stijgt naar gelang het aantal andere klanten dat hetzelfde product consumeert. Hoe meer klanten zijn aangesloten bij een zeker telefoonnetwerk, hoe waardevoller dat netwerk is voor iedere klant.⁷⁷

Toezicht is bovendien noodzakelijk om een bepaald niveau van communicatie te garanderen: iedereen moet op zijn minst een telefoonverbinding kunnen hebben en als de dreiging bestaat dat de markt dit niet bewerkstelligt, moet het via dwang en dus toezicht.⁷⁸ De spraaktelefonie is van oudsher als univer-

75 Hoewel er nog lang geen markt is met gelijkwaardige spelers qua omvang van het marktaandeel. Het lijkt erop dat het (voorlopig) een markt zal zijn met een beperkt aantal grote aanbieders, die op allerlei terreinen actief zijn. Veelal zijn het ook de 'oude' Europese monopolisten op het vaste net (KPN, British Telecom) die goed op de nieuwe markten kunnen opereren, omdat zij de voordelen van het vaste net in het thuisland achter zich hebben staan. Zie hierover Dommering 2003, p. 5-6.

76 Vgl. bijv. Bavasso 2004, p. 96.

77 Whish 2003, p. 9.

78 Sauter 2001, p. 86-88.

sele dienst beschouwd.⁷⁹ Vandaar ook dat er voor degenen die zich geen telefoonaansluiting kunnen veroorloven altijd openbare telefooncellen aanwezig moeten zijn en vandaar ook de contractdwang die op KPN is gelegd met betrekking tot het aanbieden van vaste telefonie aan eenieder die dat wenst.

Het is overigens de vraag of bij vaste telefonie als universele dienst contractdwang per se noodzakelijk is. Er is namelijk ook een economisch mechanisme dat er voor zorgt dat een aanbieder van vaste telefonie zal zorgen voor een landelijk dekkend netwerk. De dienst die hij aanbiedt is alleen maar waardevol voor de klant, als deze iedereen via dat netwerk kan bereiken. Hij moet dus de dienst aan iedereen aanbieden, omdat zijn klantenbestand anders niet groot genoeg is om de dienst te laten aanslaan.⁸⁰ Ditzelfde mechanisme zagen wij bij de post: ook daar werd gesteld dat de grote klanten eisen dat ze iedereen, inclusief de weduwe in Appelscha, kunnen bereiken.

2.5 Conclusie

De telecommunicatiesector is de enige van de door mij beschreven infrastructuurgebonden sectoren waar behoorlijke concurrentie op gang is gekomen. De mate van concurrentie verschilt wel: op de markt van mobiele telefonie is zij veel groter dan op de markt voor vaste telefonie, maar ook op laatstgenoemde markt zijn er openingen gekomen door de (pre-)carrier select aanbieders en door opkomende mogelijkheden als vaste telefonie via de kabel. Zoals bij alle van oudsher monopolistische markten is er sprake van een overgangsfase. De huidige situatie in Europa is dat de voormalig monopolisten nog steeds een behoorlijke voorsprong hebben op overige aanbieders. De vraag is derhalve of de concurrentie voldoende zal doorzetten, maar de telecommunicatiemarkt heeft van de voormalig monopolistische markten wel de beste papieren daarvoor.

Het feit dat de concurrentie op gang is gekomen, betekent echter niet dat er weinig verplichtingen voor telecomaanbieders gelden. De telecommunicatiemarkt is een overgangsmarkt en die worden, paradoxaal genoeg, juist gedetailleerd gereguleerd. Waar men over gaat van een monopolistische naar een concurrerende markt, komt veel regulering voor, om de nieuwe toetreders tot de markt een kans te geven. Als die markt dan ook nog infrastructuurgebonden is, neemt de regelgeving alleen maar toe.⁸¹ Daarbij geldt dat op het moment dat de markt meer concurrerend wordt, de regulering gedetailleerder kan worden, omdat enerzijds de verplichtingen voor de aanbieders moeten

79 Dommering 1999, p. 22. Zie ook hfdst 2, par. 4.

80 Dommering 1999, p. 23.

81 Zie over sectorspecifieke regulering in markten in overgang van een monopolistische structuur naar een marktstructuur nader hfdst. 2, par. 4.

afnemen, maar anderzijds de knelpunten die een verdere marktontwikkeling kunnen tegenhouden, moeten worden aangepakt. In de telecomsector is dat gedaan door de toezichthouder, in Nederland OPTA, de keuze te laten wélke verplichting hij wil opleggen. OPTA kan zo inspelen op de knelpunten in de markt en voor het overige de vrije markt haar werk laten doen.

In de telecommarkt kan een deel van de contractdwang op den duur verdwijnen. Met betrekking tot het tot stand brengen van eind- tot eindverbindingen ingevolge artikel 6.1 Tw is de interconnectieverplichting omgezet in een plicht om te onderhandelen over eind- tot eindverbindingen.⁸² De verplichtingen die te maken hebben met de beperkte beschikbaarheid van infrastructuur zullen mijns inziens blijven bestaan. Dit is overigens bij de energiemarkt of in het openbaar vervoer niet anders: concurrentie kan verplichtingen wegnemen, maar niet daar waar een afhankelijkheid van de infrastructuur blijft bestaan.⁸³ Op die terreinen leidt liberalisering en marktwerking juist tot meer regelgeving en ook tot meer bepalingen die contractdwang behelzen.

Contractdwang zal bovendien niet snel verdwijnen waar het gaat om de universele dienstverplichting (de vaste telefonie). Het gaat hier om diensten die van een bepaalde kwaliteit moeten zijn, die betaalbaar moeten zijn en die ook moeten worden aangeboden als ze niet winstgevend zijn. Regulering blijft daarvoor dus noodzakelijk.

82 Met de belangrijke uitzondering voor openbare telefonie in art. 6.3 Tw.

83 Slot & Skudder 2001, p. 107-108.

5 | ‘Vrije’ beroepsbeoefenaren

1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt een aantal vrije beroepen behandeld waarbij contractdwang voorkomt. Het gaat om de notaris, de deurwaarder, de advocaat, de arts en de apotheker.¹

Bij elk van de bovengenoemde beroepen worden de volgende punten besproken. Ten aanzien van welke werkzaamheden bestaat contractdwang? Wat zijn de weigeringsgronden voor de vrije beroepsbeoefenaren? Wat is de ratio van contractdwang bij deze groepen?

2 DE NOTARIS

2.1 Contractdwang

2.1.1 Ministerieplicht

De notaris ondervindt contractdwang op grond van de wet. Artikel 21 lid 1 van de Wet op het notarisambt² bepaalt:

1. De notaris is verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten, behoudens het bepaalde in het tweede lid.
2. De notaris is verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.

1 De tandarts bespreek ik niet afzonderlijk. Daarvoor geldt naar mijn mening, mutatis mutandis, hetzelfde als voor de arts.

2 Wet van 3 april 1999, *Stb.* 1999, 190. Aangepast op kleinere punten bij Wet van 13 mei 2004 tot wijziging van de Wet op het notarisambt (Reparatiewet Wet op het notarisambt), *Stb.* 2004, 213.

Men noemt dit de notariële ministerieplicht. De ministerieplicht stond ook opgenomen in de vorige Wet op het notarisambt,³ in artikel 6. Dit artikel bepaalde dat, buiten gegronde redenen, notarissen hun diensten niet mochten weigeren, 'wanneer zij tot het lenen daarvan werden verzocht'.

Uit artikel 21 blijkt dat de notaris ten eerste de werkzaamheden moet verrichten die hem bij of krachtens de wet zijn opgedragen, ook wel de ambtelijke werkzaamheden genoemd. In de literatuur wordt echter aangenomen dat de contractdwang niet slechts geldt voor werkzaamheden die bij wet worden opgedragen, maar ook voor andere werkzaamheden, die alleen door notarissen worden verricht. In het laatste geval gaat het om werkzaamheden waarvan de uitoefening op grond van de maatschappelijke functie van de notaris verplicht is.⁴ Merkwaardig is daarbij wel dat naar de letter de Wet op het notarisambt op buitenwettelijke werkzaamheden niet van toepassing is.⁵ Artikel 2 omschrijft het ambt van notaris namelijk als het verlijden van authentieke akten en andere in de wet opgedragen werkzaamheden. Titel III van de wet, waarin artikel 21 staat, heeft als opschrift: de uitoefening van het notarisambt. De notaris is strikt genomen op grond van de wet dus niet verplicht voor buitenwettelijke werkzaamheden zijn ministerie te verlenen. In de literatuur wordt daar anders over gedacht: men vindt dat de ministerieplicht zich ook uitstrekt tot buitenwettelijke werkzaamheden. Het onderscheid tussen wettelijke en niet-wettelijke werkzaamheden is lastig te maken en voor het publiek al helemaal niet duidelijk.⁶

Het onderscheid tussen wettelijke en niet-wettelijke werkzaamheden maakt voor het onderwerp contractdwang wel uit, omdat de *directe* contractdwang alleen geldt voor de werkzaamheden die onder het bereik van artikel 21 Wet op het notarisambt vallen. De werkzaamheden die daar niet onder vallen, zouden eventueel verplicht kunnen zijn op grond van *indirecte* contractdwang. Indirecte contractdwang, waarin de notaris op grond van een algemene norm over wat de notaris betaamt moet handelen, komt eigenlijk niet voor. De reden daarvan is dat alle werkzaamheden waarvan men vindt dat de notaris ze zou moeten verrichten, onder de werking van artikel 2 en artikel 21 worden geschoven. Wat betreft werkzaamheden waarvan men niet vindt dat de notaris ze moet verrichten, is ook geen behoefte aan contractdwang. Dat zijn werkzaamheden die niet typisch notarieel zijn, zoals de juridische advisering.

Indirecte contractdwang bestaat dus strikt genomen wel, namelijk in die gevallen waarin de notaris niet-wettelijke werkzaamheden moet verrichten. Echter in de literatuur en in de beroepsgroep zelf is de heersende mening dat

3 Wet van 9 juli 1842, *Stb.* 1842, 20.

4 Huijgen & Pleysier 2001, p. 154; Berntsen & Van Mourik 1979, p. 203; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 115-116; De Bruijn 1988, p. 215.

5 Blokland 2001, p. 31. In *Kamerstukken I* 1997/98, 23 706, nr. 331b, p. 1 staat dat de wet in beginsel geen betrekking heeft op de buitenwettelijke werkzaamheden van de notaris, in het bijzonder zijn werkzaamheden als juridisch adviseur.

6 Blokland 2001, p. 63-64.

deze 'typisch notariële' werkzaamheden gewoon onder de ministerieplicht van artikel 21 vallen. Door de oprekking van de reikwijdte van artikel 21 Wet op het notarisambt wordt dus alle contractdwang *directe* contractdwang.

De notaris mag geen akten verlijden waarin hijzelf of zijn familie partij is. Ook moet de notaris zorgen dat hij geen zaken behandelt waarbij ook een kantoorgenoot optreedt. Het gaat hier mijns inziens om situaties waarin de notaris niet bevoegd is om op te treden (al staat het niet in die bewoordingen in de wet en de verordening).⁷ De ministerieplicht is dan ook niet aan de orde en daarom behandel ik deze gevallen niet bij de uitzonderingen op contractdwang.⁸

De werkzaamheden worden verricht op basis van een overeenkomst van opdracht.⁹ Artikel 16 Wet op het notarisambt stelt met zoveel woorden dat het verrichten van wettelijke werkzaamheden en werkzaamheden die de notaris in samenhang daarmee pleegt te verrichten, berust op een overeenkomst tussen de notaris en de cliënt. Daarbij wordt specifiek aangegeven dat het gaat om een obligatoire overeenkomst.¹⁰ De reden voor deze uitdrukkelijke bepaling in de Wet op het notarisambt, specifiek voor de wettelijke werkzaamheden, is dat er vroeger twijfel bestond over de vraag of de wettelijke werkzaamheden wel op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst werden verricht. Daar het gaat om de uitoefening van een ambt werd de verhouding tussen notaris en cliënt als een publiekrechtelijke gezien.¹¹ Deze opvatting kan inmiddels als achterhaald worden beschouwd: het uitoefenen van een ambt staat er niet aan in de weg dat de notaris toch op basis van een overeenkomst van opdracht zijn diensten verleent. De ministerieplicht leidt derhalve tot het door de notaris verplicht sluiten van een overeenkomst van opdracht.¹²

Hier zij kort opgemerkt dat de notaris een bestuursorgaan in de zin van de Awb is, net als de gerechtsdeurwaarder. Dat zou betekenen dat de werkzaamheden van de notaris als besluiten in de zin van de Awb zijn aan te merken waartegen bezwaar en beroep kan worden aangetekend. Aangezien men dit onwenselijk achtte, zijn grote delen van de Awb voor het handelen van notaris en deurwaarder uitgesloten.¹³

7 Resp. art. 19 Wet op het notarisambt en art. 19 t/m 22 Verordening beroeps- en gedragsregels van de KNB, *Stcrt.* 2000, nr. 182.

8 Vgl. Melis/Waaijer 2003, p. 46, die aangeeft dat als de notaris onbevoegd is naar tijd, plaats of vanwege de bij de akte betrokken personen er geen sprake is van dienstweigering, omdat een weigering pas aan de orde komt als er iets te weigeren valt.

9 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994 (5-III), nr. 49.

10 In art. 16 Wet op het notarisambt omschreven als een overeenkomst als in titel 5 van boek 6 BW.

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 706, nr. 6, p. 43.

12 Zie hierover nader hfdst. 8 en hfdst. 9.

13 Melis/Waaijer 2003, p. 14; Minkjan 2002, p. 707 e.v.

De belangrijkste categorie werkzaamheden ten aanzien waarvan de ministerplicht bestaat, wordt gevormd door werkzaamheden die in de wet aan de notaris worden opgedragen.

De Staatssecretaris van Justitie verdeelde de werkzaamheden bij de behandeling van de nieuwe Wet op het notarisambt – in gedeeltelijke navolging van Kok¹⁴ – in vier groepen, welke verdeling ik hier aanhoud.¹⁵

Ten eerste heeft de notaris een verplichte functie bij rechtshandelingen met betrekking tot registergoederen. Voorbeelden hiervan zijn:¹⁶ de levering van onroerende zaken (art. 3:89 BW), het vestigen van beperkte rechten (art. 3:98 jo 3:89 BW), zoals een hypotheekrecht (art. 3:260 BW) en de splitsing in appartementsrechten (art. 5:109 lid 1 BW). De notaris zorgt ook dat de overdrachtsbelasting wordt betaald.

In de tweede plaats heeft de notaris een functie bij rechtshandelingen betreffende rechtspersonen. Hierbij valt te denken aan het oprichten van naamloze en besloten vennootschappen (art. 2:64 lid 2 BW en 2:175 lid 2 BW), statutenwijzigingen van naamloze en besloten vennootschappen (art. 2:124 lid 1 en 2:234 lid 1 BW), het oprichten van stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid (art. 2:286 lid 1 en 2:27 e.v. BW) en de overdracht van aandelen op naam (art. 2:86 en 2:196 BW).

De derde categorie betreft andere rechtshandelingen in de vermogensrechtelijke sfeer, waaronder bijvoorbeeld worden gebracht het opstellen en/of bewaren van testamenten (art. 4:94, 4:95) en de verdeling van gemeenschappen (art. 677 lid Rv), het afgeven van verklaringen van erfrecht (art. 4:188 BW), maar ook het houden van toezicht op openbare verkopen (art. 1 Wet ambtelijk toezicht bij openbare verkopen).

Als vierde groep worden genoemd rechtshandelingen in de familierechtelijke sfeer, bijvoorbeeld het opstellen van huwelijksvoorwaarden (art. 1:115 BW).

Niet steeds staat in bovengenoemde en andere bepalingen met zoveel woorden dat de notaris verplicht is deze diensten te verrichten. Vaak staat er dat een notariële akte vereist is. Aangezien artikel 2 van de Wet op het notarisambt bepaalt dat aan de notaris de bevoegdheid toekomt om authentieke akten te verlijden, en het verlijden daarom tot de zogenaamde wettelijke werkzaamheden van de notaris behoort, dient hij deze diensten op grond van artikel 21 te verrichten.

Er zijn zoals eerder vermeld ook taken die de notaris dient te verrichten, al zijn ze niet bij wet aan hem opgedragen. Het gaat om werkzaamheden die in het verlengde liggen van de wettelijke werkzaamheden ofwel die maatschap-

14 Kok 1971, p. 41 e.v. Kok onderscheidt meer groepen; de hier genoemde groepen komen overeen met de eerste vier van zijn verdeling.

15 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 706, nr. 6, p. 9.

16 Zie voor een (tot dan toe) uitputtend overzicht van alle wettelijke werkzaamheden van de notaris: Kok 1971, p. 41 e.v.

pelijk gezien typisch notarieel zijn. Voorbeeld daarvan zijn het afhandelen van betalingen bij overdracht van onroerend goed en de rechercheplicht.¹⁷

2.2 Uitzonderingen op contractdwang

2.2.1 Inleiding

Dienstweigering komt in de praktijk zelden voor.¹⁸ Dat neemt niet weg dat het onderwerp de gemoederen behoorlijk bezig houdt, waaraan de invoering van de Wet op het notarisambt in 1999 zeker een bijdrage heeft geleverd.

In welke gevallen geldt de ministerieplicht niet? Artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt geeft algemeen de gronden aan: wanneer de werkzaamheid leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer het gaat om handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer de notaris andere gegronde redenen heeft voor weigering.

Artikel 6 van de oude Notariswet hield het op 'gegronde redenen'. De memorie van toelichting bij de nieuwe wet vermeldt dat er voor is gekozen om de gegronde redenen te vervangen door een opsomming van wat daaronder onder de oude wet al werd verstaan. Men wilde in de wet zelf duidelijke, algemene criteria voor dienstweigering opnemen. Omdat niet alle gevallen waarin de notaris mag weigeren onder deze criteria vallen, heeft men de term 'gegronde redenen' wel laten staan.¹⁹ Deze 'andere gegronde redenen' zijn nader uitgewerkt in de verordening beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB).²⁰

Hier zij opgemerkt dat niet alle mogelijke uitzonderingen in het navolgende aan bod komen, al was het maar omdat in de praktijk steeds nieuwe zaken aan de orde kunnen komen waarbij de notaris zich afvraagt of hij al dan niet dienst mag of zelfs moet weigeren.

2.2.2 *Strijd met het recht of de openbare orde*

De eerste weigeringsgrond die artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt noemt, is strijd met het recht of de openbare orde. Strijd met de wet wordt niet met zoveel woorden genoemd, maar ik ga er vanuit dat strijd met een wettelijk

¹⁷ Huijgen & Pleysier 2001, p. 13-14.

¹⁸ Kocken 1997, p. 52.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 25-26.

²⁰ Verordening beroeps- en gedragsregels van de KNB, *Stcrt.* 2000, nr. 182. Nadien zijn er nog wijzigingen geweest: *Stcrt.* 2001, nr. 236, *Stcrt.* 2002, nr. 84. Een aantal artikelen is pas later door de Staatssecretaris goedgekeurd, *Stcrt.* 2003, nr. 60. Een actuele versie is te vinden op <www.notaris.nl> in de rubriek 'regelgeving'.

voorschrift ook strijd met het recht oplevert²¹ en bovendien de meeste wettelijke regels van openbare orde zijn.

Strijd met de wet treedt in de eerste plaats op indien de notaris zelf door zijn dienstverlening een wettelijk voorschrift overtreedt. In zo'n geval moet de notaris altijd dienst weigeren. Een voorbeeld hiervan is het opstellen van een successieaangifte waarin, naar de notaris weet, bewust activa worden weggelaten.²²

Wanneer de notaris niet zelf een wettelijk voorschrift overtreedt, maar er door zijn medewerking een rechtshandeling tot stand komt die dat wel doet, ligt de zaak minder eenduidig.²³ Duidelijk is dat de notaris niet mag meewerken aan belastingontduiking door schijnhandelingen of aan zwart geld transacties, maar er ontstaat een probleem voor de notaris als niet op voorhand duidelijk is of er inderdaad wettelijke of betamelijkheidsnormen worden overschreden. Voorop staat dat de notaris zelf bepaalt of hij de inhoud van de rechtshandeling van dien aard vindt, dat hij de opdracht weigert. Algemeen wordt het uitgangspunt aanvaard dat de notaris geen lijdelijke positie inneemt door slechts akten te passeren. Van hem wordt verwacht, gezien zijn functie in het maatschappelijk verkeer, dat hij zich actief opstelt en zich terdege vergewist van de gevolgen van een rechtshandeling.²⁴

De Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg)²⁵ is een wet die de notaris soms hoofdbrekens kost. In een kort geding bij de Rechtbank Utrecht in 2000 werd gevorderd dat de notaris zou meewerken aan de overdracht van een aantal percelen aan koper. De notaris had dit geweigerd omdat de gemeente volgens hem op grond van de Wvg een voorkeursrecht op de percelen had en dit voorkeursrecht zou worden gefrustreerd door levering aan de koper. De verkoper betwistte het voorkeursrecht van de gemeente. De president kwam tot het oordeel dat de verkoop en levering aan de koper geen strijd opleverde met de Wvg en de notaris derhalve de transportakte diende te passeren.²⁶

Over de rol van de notaris zegt de president:

'Terecht voert de notaris aan dat hij slechts zijn medewerking aan de notariële overdracht hoeft te verlenen indien er van kan worden uitgegaan dat de onderliggende transactie rechtsgeldig is. Tegen de notaris die zijn medewerking verleent aan het passeren van de akte waarbij een voorkeursrecht wordt gefrustreerd kunnen immers tuchtrechtelijke maatregelen worden genomen. Mede gelet hierop stond het de notaris in redelijkheid vrij een oordeel van de president in kort geding uit

21 Zie ook: Huijgen & Pleysier 2001, p. 56.

22 Melis/Santen/Waaijer 1991, zesde druk, p. 143.

23 Berger 1998, p. 68; Hoogendam 1997, p. 52; Vgl. Rapport Commissie Verantwoordelijkheid Notaris 1986, p. 22; Vgl. De Bruijn 1988, p. 215; Van Heijst & Lekkerkerker 1997, p. 106-107.

24 Kocken 1997, p. 144; Rapport Commissie Verantwoordelijkheid Notaris 1986, p. 11-12.

25 Wet van 22 april 1981, zoals laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2002, 326.

26 Pres. Rb. Utrecht 30 december 1999, *KG* 2000, 59. Zie ook Pres. Rb. Alkmaar 21 december 1998, *KG* 1999, 20 besproken door Van Velten 1999, p. 125-127.

te lokken in plaats van zelf onderzoek te doen én een oordeel te vormen over het geschil.'

Om die reden worden de kosten tussen de notaris en de verkoper gecompenseerd, ondanks het feit dat de notaris in het ongelijk is gesteld.²⁷

Een ander voorbeeld dan het voorkeursrecht van de gemeente: indien een doelomschrijving van een rechtspersoon bij de oprichting wel met de wet in overeenstemming is, maar de notaris vermoedt dat die doelomschrijving overtreden zal gaan worden op zo'n manier dat er een verboden vereniging ontstaat, dan zal hij dienst moeten weigeren.²⁸

Een vraag is eveneens of de notaris er op moet toezien dat er geen wettelijke regels worden overschreden, ook als die wettelijke regels (nog) niet eenduidig worden uitgelegd. In literatuur en rechtspraak wordt te dien aanzien verdedigd dat het uitoefenen van preventief toezicht op wettelijke regels, bij de uitleg waarvan twijfels kunnen ontstaan, niet meer op de weg ligt van de notaris.²⁹

Bij fiscale constructies bijvoorbeeld is niet steeds op voorhand duidelijk of de belastingdienst de gekozen constructie zal accepteren. De notaris mag nooit meewerken aan belastingfraude, actief noch passief. Het staat cliënten echter vrij om een zo voordelig mogelijke fiscale structuur te kiezen.³⁰

Indien de overheid zelf genoegzaam neemt met onvolkomenheden in regelgeving en daar geen maatregelen tegen neemt, dan hoeft de notaris die taak niet op zich te nemen. Het gebruiken van constructies die door de wet worden toegelaten is een kwestie van persoonlijke moraal, aldus de Commissie verantwoordelijkheid notaris. De notaris moet niet zijn eigen moraal opdringen.³¹ Voor de Commissie ligt uiteindelijk het beslispunt bij de vraag of meewerken afbreuk doet aan de status als openbaar ambtenaar. Indien het publiek in zijn algemeenheid vindt dat bepaalde constructies niet door de beugel kunnen, terwijl de wet de opening wel biedt, dan moet de notaris voorzichtig zijn. De notaris kan dan het vertrouwen van het publiek verliezen.

2.2.3 *Zorgplicht notaris*

De notaris heeft een zorgplicht ten opzichte van de cliënten en ook in bepaalde gevallen ten opzichte van derden. De Hoge Raad heeft het vrij recent nog eens herhaald:

²⁷ R.o. 4.6.

²⁸ Aldus De Bruin 1988, p. 217.

²⁹ Pres. Rb. Arnhem 5 maart 1987, KG 1987, 177; Rapport Commissie Verantwoordelijkheid Notaris 1986, p. 12.

³⁰ Melis/Waaijer 2003, p. 20.

³¹ In dezelfde zin: Melis/Waaijer 2003, p. 56.

‘Op de notaris rust in zijn hoedanigheid, uit hoofde van zijn taak bij het verlijden van een akte, een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen. Mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, geldt de bedoelde verplichting jegens alle belanghebbenden en niet slechts jegens de partijen bij de in de notariële akte opgenomen rechtshandeling’.³²

Deze zorgplicht brengt met zich mee dat de notaris rekening moet houden met soms uiteenlopende belangen en dit kan er toe leiden dat de notaris een opdracht moet weigeren, ondanks de ministerieplicht. Onder de zorgplicht van de notaris kunnen strikt genomen ook de hiervoor beschreven gevallen van overtreding van een wettelijk voorschrift worden geschaard, voorzover door de overtreding van het wettelijk voorschrift belangen van cliënten of derden worden geschaad. Overtreding van de wet is echter een duidelijk criterium (hoewel dat niet steeds leidt tot heel duidelijke richtlijnen voor de notaris, zoals hierboven bleek), terwijl de zorgplicht van de notaris eerst nog nader omlijnd moet worden. Vanwege de duidelijkheid van het criterium heb ik ervoor gekozen de overtreding van een wettelijk voorschrift als aparte categorie te behandelen en niet onder te brengen bij de zorgplicht van de notaris.

De zorgplicht met betrekking tot de cliënten kan met zich meebrengen dat de notaris zijn diensten moet weigeren. Een voorbeeld is dat de cliënt door geestelijke stoornis, alcoholgebruik of drugsgebruik niet in staat is zijn wil te bepalen. De notaris zal zijn dienst niet alleen mogen, maar zelfs moeten weigeren.

Ook indien de notaris weet of vermoedt dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde of feitelijk overwicht heeft hij een gegronde reden tot dienstweigering. Indien de omstandigheden daar aanleiding toe geven moet de notaris een onderzoek instellen. Deze regel is door de Hoge Raad al uitgesproken in een arrest uit 1989³³ en staat nu in artikel 4 lid 2 van de Verordening beroepsregels voor het notariaat.³⁴

De zorgplicht jegens derden vereist een nadere aanduiding, omdat de notaris niet jegens iedere derde een zorgplicht heeft. De vraag is welke belangen van welke derden onder welke omstandigheden moeten worden beschermd.

Zo is in de literatuur betrekkelijk uitvoerig aandacht besteed aan de vraag of de notaris moet weigeren medewerking te verlenen aan rechtshandelingen

32 HR 20 december 2002, *NJ* 2003, 325, r.o. 3.7, al eerder uitgesproken in HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473. Zie ook de arresten over de Tilburgse hypotheekbank: HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 627, 628 en 629.

33 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766.

34 Verordening beroeps- en gedragsregels van de KNB, *Stcrt.* 2000, nr. 182. Meest actuele versie op <www.notaris.nl/knb>.

die, naar de notaris weet, wanprestatie opleveren. Op deze vraag is in de literatuur geen eenduidig antwoord te vinden.³⁵ De discussie speelt zich met name af op het terrein van wanprestatie door een verkoper van onroerende zaken. De wanprestatie van de verkoper kan op verschillende wijzen ontstaan: doordat er sprake is van een dubbele verkoop, maar ook omdat een optierecht, een voorkeursrecht,³⁶ een kettingbeding of een economische eigendomsoverdracht door de verkoper wordt veronachtzaamd.

De Commissie verantwoordelijkheid notaris was van mening dat de notaris op grond van zijn maatschappelijke zorgplicht nooit mag meewerken aan handelingen waarbij wanprestatie jegens een derde wordt gepleegd, ook niet als de koper niets van de rechten van de ander wist.³⁷

Hier wordt tegenin gebracht dat de vraag wiens recht in een geval van wanprestatie door de verkoper vóór gaat, dat van de koper te goeder trouw of dat van degene met het oudere recht, primair een beslissing is die aan de rechter toekomt en niet aan de notaris. Het is immers heel wel mogelijk dat de koper niet weet en ook niet hoefde te weten van de wanprestatie die door de verkoper wordt gepleegd. Dit zou ook blijken uit artikel 3:289 BW, waarin immers staat dat weliswaar het oudste recht op levering voor gaat, maar dat redelijkheid en billijkheid ertoe kunnen leiden dat de volgorde anders is. Dat betekent een afweging van belangen en dat zou voorbehouden zijn aan de rechter.³⁸ De notaris zou het de koper te goeder trouw immers onmogelijk maken om de zaak geleverd te krijgen. Met name gezien de monopoliepositie van de notaris moet deze zeer voorzichtig zijn met dienst weigeren. Degenen die menen dat de notaris zijn dienst niet mag weigeren, zijn wel van mening dat de notaris er alles aan moet doen om te voorkomen dat partijen de levering willen doorzetten. Als dat geen effect heeft, dan mag hij echter niet weigeren.³⁹

Ook als de koper wel degelijk op de hoogte is van de wanprestatie, bijvoorbeeld in de situatie dat naar de koper weet, een kettingbeding niet wordt doorgegeven, wordt verdedigd dat dit niet betekent dat de notaris zou moeten weigeren mee te werken aan de eigendomsoverdracht. Hierbij wordt aangehaakt bij Curaçao/Boyé,⁴⁰ waarin is aangegeven dat het enkel profiteren van wanprestatie door de koper niet onrechtmatig is. Dat betekent dat er in dat geval ook geen beletsel is voor de notaris om mee te werken.⁴¹ Er zijn echter ook veel auteurs die van mening zijn dat in dit geval het recht van

35 Boks 2002, p. 143.

36 Over het voorkeursrecht op grond van de Wvg is hiervóór al gesproken.

37 Zo ook: Van Os 2000, p. 26-27.

38 Kleijn 1998, p. 416; Huijgen & Pleysier 2001, p. 155.

39 Hendriksen & Schutte 1988, p. 582.

40 HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760, m. nt. W.M.K.

41 Zie bijvoorbeeld Van Velten 1986, p. 158; Van Velten 1990, p. 296.

degene jegens wie wanprestatie wordt gepleegd voorgaat, althans dat de notaris niet aan schending van dat recht mag meewerken.⁴²

Een goed dat is beslagen kan rechtsgeldig worden overgedragen, zij het dat de beslaglegger zijn beslag ook onder de nieuwe eigenaar mag vervolgen. Dit zou betekenen dat de notaris niet kan weigeren mee te werken. Dat ligt anders indien de overdracht onrechtmatig zou zijn jegens de beslaglegger. Wel zal de notaris de koper goed dienen voor te lichten over het risico van het in eigendom verwerven van een goed waarop beslag is gelegd. Binnen het notariaat lijken overigens strengere eisen te worden gesteld en zou meewerken aan overdracht van een beslagen goed dus niet door de beugel kunnen.⁴³

Dit onderscheid tussen civielrechtelijke aansprakelijkheid en wat het notariaat zelf betamelijk vindt, mede tot uitdrukking komend in de tuchtspraak, speelt over de gehele linie. De tuchtrechter enerzijds en de civiele rechter anderzijds oordelen verschillend over de weigeringsbevoegdheden van de notaris. De tuchtrechter is strenger dan de civiele rechter, hetgeen wil zeggen dat de tuchtrechter sneller vindt dat de notaris dienst moet weigeren dan de civiele rechter. Dat is ook niet onlogisch, daar de doelen van het tuchtrecht en het civiele recht verschillen. Het tuchtrecht oordeelt over het functioneren van de notaris, het civiele recht kijkt (in dit soort gevallen), of de notaris aansprakelijk is uit wanprestatie of onrechtmatige daad. Het is heel wel mogelijk dat men vindt dat de notaris het ambt niet heeft uitgevoerd zoals de beroepsgroep zou wensen, zonder dat sprake is van bijvoorbeeld een onrechtmatige daad. Dit plaatst de notaris intussen wel in een lastige positie.⁴⁴

In een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2001⁴⁵ in een tuchtrechtzaak, gaf het hof aan dat de notaris niet mocht meewerken aan het niet-nakomen van een anti-speculatiebeding, omdat dit zou leiden tot wanprestatie jegens de gemeente. Echter, het hof was die mening niet toegedaan op grond van het ambt van de notaris, maar omdat de notaris in dit geval geen belangenafweging had moeten willen maken. De notaris mag niet op de stoel van de rechter gaan zitten, zo zegt het hof letterlijk en trekt dan de conclusie dat de notaris had moeten weigeren. Dit is spiegelbeeldig aan de redenering die meestal wordt gevolgd indien het argument wordt gehanteerd dat de notaris niet op de stoel van de rechter moet gaan zitten: dan wordt geconcludeerd dat de notaris juist wel moet meewerken. Een en ander wordt er dus niet duidelijker op.⁴⁶

42 Melis/Santen/Waaijer 1991, p. 147-48; Holtman 1987, p. 623-625; Ensink 1986, p. 11 en p. 305; Rapport Commissie Verantwoordelijkheid Notaris 1986, p. 22-25.

43 Van der Kwaak 1996, p. 449.

44 Zie ook: Huijgen & Pleysier 2001, p. 59.

45 Hof Amsterdam 27 december 2001 (nummer 363/01 NOT, bij mijn weten niet gepubliceerd), besproken door: Holtman 2002, p. 172-174.

46 Vgl. ook: Hof Amsterdam 19 december 1996, besproken door Jacobse 1997, p. 534.

Uit verschillende rechterlijke uitspraken blijkt in ieder geval,⁴⁷ dat indien de zaak voor een juridisch deskundige vrij duidelijk ligt, de notaris zelf kan en moet besluiten of hij zijn ministerie verleent. Met andere woorden: het enkele feit dat iemand er een beroep op doet dat jegens hem wanprestatie wordt gepleegd of anderszins een recht wordt geschonden, maakt nog niet dat de notaris ministerie zou mogen of moeten weigeren.⁴⁸ Indien hij met enige zekerheid meent dat het recht van degene die zijn medewerking verlangt bij de eigendomsoverdracht sterker is dan dat van degene die dat recht betwist, mag hij zijn diensten niet weigeren. Dit is verklaarbaar omdat het uitgangspunt is dat medewerking verleend moet worden. Het weigeren moet gemotiveerd worden en enkele tegenspraak is geen voldoende motivering.

Inmiddels laten notarissen zich dagvaarden in kort geding door degene jegens wie mogelijk wanprestatie gepleegd wordt, opdat de rechter kan uitmaken aan wie moet worden geleverd.⁴⁹

In de literatuur wordt naast de ministerieweigering⁵⁰ nog een andere oplossing aangedragen voor de notaris die weet dat belangen van derden geschaad zullen worden. De notaris zou ook de derde kunnen informeren,⁵¹ waarna vervolgens alsnog ministerie wordt verleend.⁵² Een variant daarop is het informeren van alle betrokkenen, bijvoorbeeld bij een voorgenomen levering van onroerend goed, en hen uitdrukkelijk in de gelegenheid stellen daartegen rechtsmaatregelen, zoals beslaglegging, te nemen.⁵³ Bij twijfel over de vraag of uiteindelijk, ook na waarschuwing van de derde(n), ministerie moet worden geweigerd, kan altijd het oordeel van de kort geding rechter worden ingeroepen, maar dat kost wel tijd en geld.

2.2.4 Verklaring in akte

Op grond van artikel 5 van de Verordening zal de notaris dienst moeten weigeren als hij weet of vermoedt dat de inhoud van de akte waarvoor zijn

47 Zoals Pres. Rb. Zwolle 7 september 1989, *KG* 1989, 379.

48 Vgl. Rb. Arnhem 17 september 2003, *NJF* 2004, 43. De notaris voorzag mogelijke wanprestatie jegens een derde (namelijk het niet uitvoeren van een reeds eerder gesloten overeenkomst tot vestiging van een erfdienstbaarheid), maar passeerde de akte desalniettemin. Geen onrechtmatige daad jegens de derde, volgens de rechter, omdat de notaris in de gegeven omstandigheden had gedaan wat van hem kon worden verwacht. (zoals het opnemen van een bepaling in de koopakte en het waarschuwen van zijn cliënten voor de mogelijke consequenties. De derde had hij overigens niet gewaarschuwd). Daarbij speelde een rol dat de vestiging van de erfdienstbaarheid al zes maanden op zich liet wachten, door stilzitten van de derde zelf.

49 Van Velten 1999, p. 127.

50 Boks 2002, p. 153-156; Van den Akker 2001, p. 152-154.

51 De geheimhoudingsplicht van de notaris kan daaraan wel in de weg staan, aldus Boks 2002, p. 154. Zie ook par. 2.2.6 van dit hoofdstuk.

52 Hendriksen & Schutte 1988, p. 581-582

53 Blokland 2001, p. 64.

tussenkomst is ingeroepen in strijd is met de waarheid of wanneer de in de akte vermelde, door partijen in acht te nemen, formaliteiten van de rechtshandeling niet in acht zijn genomen.⁵⁴ De notaris moet een onderzoek instellen voorzover de wet of de gewoonte dat van hem verlangt. Indien er bijvoorbeeld verdacht hoge of juist lage koopsommen van onroerend goed worden genoemd, zal zo'n onderzoek en eventueel dienstweigering aangewezen zijn.

2.2.5 *Vaststelling feiten*

De notaris weigert zijn medewerking, aldus artikel 6 van de Verordening, aan een vaststellen van feiten dat niet past bij zijn ambtsuitoefening. De notaris verleent zijn medewerking alleen wanneer voor het vaststellen geen bijzondere deskundigheid is vereist en de feiten door de notaris met een redelijke mate van zekerheid kunnen worden vastgesteld. Het is dus niet de bedoeling dat door het meewerken van de notaris een schijn van zekerheid wordt gewekt, die in feite niet kan worden waargemaakt.

2.2.6 *Geheimhoudingsplicht als reden voor dienstweigering*

Een reden voor dienstweigering kan gelegen zijn in de geheimhoudingsplicht die de notaris heeft op grond van artikel 22 Wet op het notarisambt.⁵⁵ Een voorbeeld hiervan is het volgende geval. Een echtpaar heeft moeite een hypotheek te krijgen voor het huis dat zij net hebben gekocht. Pas bij de vierde hypotheekinstelling lukt dat. De notaris komt erachter dat de moeilijkheden bij het vinden van een geldverstrekker worden veroorzaakt doordat tegen de man een strafzaak loopt wegens brandstichting. Op grond van zijn geheimhoudingsplicht mag de notaris dit niet mededelen aan de hypotheeknemer. Hij vraagt daarom aan het echtpaar toestemming om deze gegevens aan de hypotheeknemer te verstrekken; zij weigeren echter deze toestemming te geven. De notaris weigert vervolgens zijn ministerie te verlenen.⁵⁶

2.2.7 *Persoonlijke omstandigheden*

Een weigering om een opdracht aan te nemen kan ook gelegen zijn in de persoon van de notaris, waarbij dan met name aan ziekte van de notaris kan worden gedacht. Dit wordt alleen als gegronde reden beschouwd als hij maatregelen heeft genomen voor de benoeming van een waarnemer.⁵⁷

⁵⁴ Vgl. Holtman 1996, p. 914-915.

⁵⁵ Zie hierover ook: Boks 2002, p. 154-155.

⁵⁶ Van den Haak 1998, p. 15-18. Zie over geheimhoudingsplicht ook: Lekkerkerker 1995, p. 309-318; Van Mourik 1986, p. 524.

⁵⁷ Melis/Waaijer 2003, p. 63-64.

2.2.8 *Incourante tijd of plaats*

Een notaris mag ook dienst weigeren als hem gevraagd wordt een akte te passeren op een incurante tijd of op een incurante plaats, zonder dat daar een bijzondere reden voor is.⁵⁸

Notarissen zijn bevoegd in heel Nederland. Geldt dan ook de ministerieplicht in heel Nederland of alleen in het eigen arrondissement? Pleysier denkt, aarzeland, alleen in het eigen arrondissement.⁵⁹ Voor gerechtsdeurwaarders geldt de ministerieplicht in ieder geval alleen in het eigen arrondissement.⁶⁰ Dat is ook logisch daar zij anders verplicht zouden zijn op honderden kilometers afstand exploten te betekenen, hetgeen niet werkbaar is. Voor een notaris is het feitelijk minder problematisch om elders akten te verlijden, maar de vraag is of hij wel altijd in een ander arrondissement *mag* werken en zo ja, of hij er ook toe *verplicht* is.

De Staatssecretaris geeft in de Nota naar aanleiding van het verslag aan dat artikel 12 (inmiddels is dat artikel 13) Wet op het notarisambt het verrichten van ambtelijke werkzaamheden buiten het arrondissement waarin de plaats van vestiging van de notaris is gelegen toestaat, maar dan wel op incidentele basis. Reden daarvoor is dat een notaris die zich in een bepaalde plaats wil vestigen en daar een ondernemingsplan voor indient, er vanuit moet kunnen gaan dat notarissen van buiten die gemeente niet hun diensten binnen de gemeente aanbieden. Service bieden aan de eigen cliënten door incidenteel elders werkzaamheden te verrichten mag dus wel.⁶¹

De notaris hoeft in ieder geval niet naar de woonplaats van de cliënt te gaan als daar geen reden voor is: de courante plaats voor het verlijden van akten is immers het kantoor van de notaris. Het kantoor van de notaris is ook de aangewezen plaats vanwege de onafhankelijkheid, die minder tot uitdrukking komt als de notaris bijvoorbeeld op het kantoor van één van de partijen bij een transactie de akte verlijdt.

2.2.9 *De notaris ontbeert specialistische kennis*

Indien de notaris niet de vereiste specialistische kennis bezit, vormt dat mijns inziens een gegronde reden om dienst te weigeren.⁶² Naarmate de notariskantoren zich meer specialiseren, zal dit vaker voorkomen. Bij een doorverwijzing mag, gezien de ministerieplicht, wel geëist worden dat de verwijzende notaris zich ervan vergewist dat de zaak inderdaad door een ter zake kundige collega

⁵⁸ Melis/Waaijer 2003, p. 63.

⁵⁹ Pleysier 2001, p. 115.

⁶⁰ Art. 11 Gerechtsdeurwaarderswet.

⁶¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 706, nr. 6, p. 5.

⁶² Zo ook: Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 117.

in behandeling wordt genomen.⁶³ Hier hoeft overigens geen sprake te zijn van contractweigering; het kan ook gaan om het opzeggen van de overeenkomst van opdracht. Dat hangt ervan af in welk stadium de notaris tot de overtuiging komt dat hij de vereiste kennis ontbeert. Indien dit gaandeweg het uitvoeren van de opdracht gebeurt, is de overeenkomst van opdracht al gesloten en is er sprake van opzegging van die overeenkomst. Indien hij bij het aanhoren van de wensen van de cliënt al mededeelt de vereiste kennis niet in huis te hebben, dan komt de overeenkomst van opdracht in het geheel niet tot stand: het aanbod (de opdracht van de cliënt) wordt niet aanvaard. Uiteraard zullen er situaties zijn waarin het lastig is aan te geven, of de overeenkomst nu al wel of nog niet tot stand is gekomen. Dit geldt niet alleen bij de notaris, maar bijvoorbeeld ook bij de advocaat.

Deze uitzondering op de contractdwang van de notaris verhoudt zich slecht tot artikel 10 van de Verordening waarin staat dat een notariskantoor alle gebruikelijke diensten moet kunnen verrichten. Om te voorkomen dat deze regel de facto wordt 'ontdoken', bepaalt lid 3 van artikel 10 dat de notaris geen onredelijk hoge vergoeding voor een of meer diensten mag vragen, waardoor in feite van die diensten moet worden afgezien. Deze regel staat op gespannen voet met de realiteit door de toegenomen commercialisering en de toegenomen specialisatie.⁶⁴ De Commissie Monitoring notariaat, die de gevolgen van de invoering van de Wet op het notarisambt heeft geëvalueerd, beveelt aan om de ministerieplicht te versoepelen. De ministerieplicht impliceert dat de notaris op alle terreinen thuis moet zijn. Een dergelijke verplichting is niet meer van deze tijd en miskent de complexiteit van de hedendaagse notariële praktijk, aldus de Commissie. Binnen veel kantoren is specialisatie dan ook allang doorgevoerd. Bij de vestiging van een nieuw kantoor wordt echter de eis gesteld dat men op ieder verzoek zijn ministerie verleent en derhalve de daartoe vereiste deskundigheid in huis heeft. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk om een louter op familierecht gericht kantoor te openen. De Commissie vindt dat de ministerieplicht in die zin vernieuwingen in de weg staat.⁶⁵ Ook een recent economisch rapport dat eveneens is uitgebracht in het kader van de evaluatie van de wet, pleit om deze reden voor afschaffing van de ministerieplicht.⁶⁶

De gewenste versoepeling bergt overigens het gevaar in zich, dat bepaalde notariskantoren zich louter op het lucratieve deel van de markt zullen storten en voor de familierechtpraktijk cliënten door zullen sturen naar andere kantoren. Specialisatie van de notaris zelf, waarbij binnen één kantoor wordt doorverwezen naar de meer gespecialiseerde kantoorgenoot, is geen enkel probleem. Specialisatie van gehele kantoren, waarbij sommige onderdelen van

63 Zie in deze zin Boks 2002, p. 162.

64 Boks 2002, p. 161-162; Blokland 2001, p. 65-66.

65 Eindrapport Commissie Monitoring notariaat 2003, p. 26.

66 Baarsma, Mulder & Teulings 2004, kernpunten en p. 62-64.

de notariële dienstverlening niet aan bod komen, kunnen een probleem opleveren als er niet voldoende notarissen zijn die zich daar wel op toeleggen.⁶⁷

Overigens is de tendens zeker niet om alle exclusieve bevoegdheden van het notariaat af te schaffen. Ze dienen ook als waarborg voor de kwaliteit van de beroepsuitoefening.⁶⁸

In verband met de spanning die bestaat tussen de commerciële praktijk van veel notarissen enerzijds en de eisen van het ambt anderzijds, heeft de Minister van Justitie een Commissie ingesteld die de Wet op het notarisambt moet evalueren, met name naar aanleiding van de vrijmaking van de tarieven. Deze commissie zal ook adviseren over de wenselijkheid van de versoepeling van de ministerieplicht.⁶⁹

2.2.10 Niet-betaling

In de gerechtsdeurwaarderswet, die in de volgende subparagraaf aan de orde komt, staat opgenomen dat de deurwaarder zijn diensten mag weigeren als het voorschot niet wordt betaald. In de Wet op het notarisambt staat een dergelijke bepaling niet, maar toch mag worden aangenomen dat ook de notaris niet zonder betaling zijn diensten hoeft te verlenen. De ministerieplicht doet daar niet aan af. Overigens zal het vaak niet gaan om een voorschot, zoals dat bij de deurwaarder in de wet is geregeld, maar om een rekening die de notaris stuurt voor verrichte diensten. De notaris weigert dan niet de overeenkomst van opdracht aan te gaan (die is immers al gesloten), maar weigert bijvoorbeeld verdere werkzaamheden uit te voeren totdat de openstaande rekeningen zijn betaald. Zie hierover nader hoofdstuk 9.

67 In het economisch rapport dat is verschenen ter evaluatie van de wet wordt het pleidooi voor de afschaffing van de ministerieplicht dan ook gekoppeld aan een voorstel om het domeinmonopolie voor de familierechtpraktijk af te schaffen. Andere juridische beroepsbeoefenaren, waarbij met name valt te denken aan advocaten, zouden dan ook testamenten of huwelijks voorwaarden kunnen opmaken, waardoor de kans dat er geen beroepsbeoefenaar te vinden is die de betreffende dienst wil verrichten minder wordt. Baarsma, Mulder & Teulings 2004, 62-64. Probleem daarbij lijkt mij wel, dat er in verband met de rechtszekerheid toch kwaliteitseisen gesteld moeten worden. Niet iedere jurist kan zonder nadere opleiding een testament opmaken. Kwaliteitseisen leiden tot (andere) regulering. Op het rapport is kritiek: de KNB noemt de uitkomsten van het rapport 'dwaas en kortzichtig', aldus een persbericht van 22 oktober 2004. Zij wijst er onder andere op dat juist bij testamenten van belang is dat de cliënt goed wordt voorgelicht en dat de opstelling van het testament zorgvuldig gebeurt. Als er fouten aan het licht komen, is de cliënt namelijk overleden en is het de vraag of fouten makkelijk recht gezet kunnen worden.

68 Zie hierover nader par. 2.3.2.5 van dit hfdst.

69 Commissie onder leiding van mr. A. Hammerstein, president van het Gerechtshof te Arnhem. Brief van de Minister van Justitie van 3 mei 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 23 706, nr. 56.

2.3 Ratio contractdwang

2.3.1 Inleiding

De ratio van de contractdwang die op de notaris rust, is het monopolie van de notaris enerzijds en de afhankelijkheid van de diensten van de notaris anderzijds.

De notaris wordt door de koning benoemd (art. 3 lid 1 Wet op het notarisambt). Hij heeft de exclusieve bevoegdheid authentieke akten te verlijden, hetgeen ook wel het 'domeinmonopolie' van de notaris wordt genoemd. Wat dat betreft bekleedt de notaris dus een overheidstaak.⁷⁰ Zoals hierboven reeds werd aangegeven, zijn deze akten voor een behoorlijk aantal (rechts)handelingen vereist. Indien hij zijn diensten weigert, kunnen bepaalde door burgers of ondernemingen gewenste rechtsgevolgen niet worden gerealiseerd. Daarbij wordt dan ook vaak opgemerkt dat de notaris zijn bevoegdheden niet heeft gekregen ten eigen behoeve, maar ten behoeve van het publiek.⁷¹

2.3.2 Reden van verplichte inschakeling notaris

2.3.2.1 Inleiding

Een onderliggende vraag is, waarom de wetgever exclusieve bevoegdheden aan de notaris toekent en bovendien voor het intreden van bepaalde rechtsgevolgen een akte eist. Het antwoord hierop verschilt enigszins al naar gelang het doel van de rechtshandeling waarbij de notaris wordt betrokken, maar in zijn algemeenheid is er het volgende over te zeggen.

2.3.2.2 Rechtszekerheid

De verplichte inschakeling van de notaris heeft in de eerste plaats tot doel de rechtszekerheid te bevorderen.⁷² Zo draagt de notaris zorg voor het inschrijven van akten in de openbare registers, waarbij hij zich aan bepaalde registratievereisten houdt. Hij controleert of de feiten in de akte juist zijn. Ook onderzoekt hij het register voordat hij een akte laat inschrijven, om strijd met bestaande gegevens te voorkomen. Hij onderzoekt bij de overdracht van onroerend goed, of bij de vestiging van een beperkt recht daarop, of zich geen titelgebreken of beschikkingsbevoegdheidsproblemen voordoen. Als juridisch deskundige is hij bedacht op dit soort problemen. Het algemeen belang is

70 Hij bekleedt een ambt, maar wordt niet door de overheid betaald. Huijgen & Pleysier 2001, p. 9.

71 Berntsen & Van Mourik 1979, p. 202-203; Kocken 1997, p. 143; Melis/Santen/Waaijer 1991, p. 141.

72 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 706, nr. 6, p. 2-4; Groen 1999, p. 3; Huijgen 1995, p. 302.

gediend met een kloppend openbaar register en daar is de notaris mede mee belast.⁷³

2.3.2.3 *Derdenbescherming*

Ten tweede kan de notaris bescherming bieden aan derden.⁷⁴ De notaris treedt in beginsel niet voor één partij op, maar is onafhankelijk en onpartijdig (art. 17 Wet op het notarisambt).⁷⁵ Hij houdt daarom allerlei belangen in de gaten, niet slechts die van de cliënt. Komen er twee partijen bij de notaris, zoals bij het opmaken van huwelijkse voorwaarden of bij de overdracht van onroerend goed, dan is de notaris gehouden degene die een duidelijk zwakkere positie inneemt, in bescherming te nemen. De zwakkere positie kan schuilen in verschil in deskundigheid, in emotionele afhankelijkheid of in een gebrekkige verstandelijke ontwikkeling. De bescherming houdt in dat de notaris goede voorlichting geeft en niet zonder meer akten passeert. In artikel 4 van de Verordening beroeps- en gedragsregels staat dat de notaris gehouden is alle partijen voor te lichten met betrekking tot de gevolgen van de rechtshandeling, voorzover de wet of de gewoonte dit van hem verlangt. Tevens staat er dat de notaris dienst weigert als hij vermoedt dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde of feitelijk overwicht.

Voorts wordt de notaris ingeschakeld als toezichthouder op de naleving van wetten, hetgeen ook als bescherming van derden beschouwd kan worden. De Wvg (art. 24), de Huisvestingswet (art. 39) en art. 2:318 lid 2 BW over de fusie zijn hier voorbeelden van.⁷⁶

2.3.2.4 *Voorkoming geschillen*

De notaris is door zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid in een positie om geschillen te voorkomen.⁷⁷ Indien de zaken bij de notaris goed en duidelijk zijn geregeld, dan leidt dat uiteindelijk tot minder rechtszaken. Een goed functionerend notariaat beperkt derhalve de werklast van de rechterlijke macht.⁷⁸ De notaris kan tevens geschillen oplossen, bijvoorbeeld in geval van verdelingen van nalatenschappen. Ook de bewijskracht van de notariële akte kan geschillen voorkomen, of (sneller) beëindigen.

2.3.2.5 *Informatie-asymmetrie*

In het voorgaande is aangegeven waarom de wetgever exclusieve bevoegdheden aan de notaris toekent en bovendien voor het intreden van bepaalde

⁷³ Beckers 1996, p. 41; Kocken 1997, p. 32; Huijgen 1995, p. 302.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 706, nr. 6, p. 10.

⁷⁵ De notaris mag overigens wel als partij-adviseur optreden, maar hij dient dit dan uitdrukkelijk te melden, art. 25 Verordening beroeps- en gedragsregels, KNB.

⁷⁶ Kocken 1997, p. 37; Rapport Commissie Verantwoordelijkheid Notaris 1986, p. 10-11; Huijgen 1995, p. 306.

⁷⁷ Moltmaker 1996, p. 28; Huijgen 1995, p. 304.

⁷⁸ Kok 1996, p. 23.

rechtsgevolgen een akte eist. Deze exclusieve bevoegdheden worden wel aangeduid als het domeinmonopolie van de notaris. De redenen om dat domeinmonopolie te creëren en in stand te houden zijn hiervoor aan de orde gekomen. Daarbij is nog geen aandacht besteed aan de (rechts)economische component. De beroepsbeoefenaren die in dit hoofdstuk aan de orde komen, opereren namelijk (in toenemende mate) op een markt.

Ook vanuit economisch perspectief bestaat een reden om de markt van beroepsbeoefenaren, waaronder notarissen, te reguleren. Een algemeen aanvaarde theorie is namelijk dat de markten voor vrije beroepsbeoefenaren worden gekenmerkt door informatie-asymmetrie.⁷⁹ De vraagzijde van de markt heeft geen goed beeld van de prestaties van de beroepsbeoefenaren. Dit heeft te maken met het feit dat het gaat om een zogenaamd vertrouwensgoed. De dienstverlener is zo gespecialiseerd, dat de cliënt noch vooraf, noch achteraf in staat is te beoordelen of er goede kwaliteit is geleverd. Hierdoor gaat de kwaliteit van de beroepsuitoefening achteruit. De beroepsbeoefenaar wordt door zijn cliënt niet op zijn werk aangesproken, omdat de cliënt dat werk niet op zijn merites kan beoordelen. Ook kan de kwaliteit achteruit gaan, omdat de goede professionals uit de markt worden gedreven door collega's die hun werk niet goed verrichten. Deze kunnen lagere prijzen vragen en de cliënt heeft niet door dat het werk onder de maat is. Dit verschijnsel heeft men in de taxibranche kunnen waarnemen: de klant kan daar achteraf wel vast stellen dat de chauffeur de weg niet kende, maar kan dat vooraf niet aan de taxi zien. Ook de tarieven zijn vooraf niet duidelijk.⁸⁰ De klant heeft dus veel meer keuze dan voorheen, er rijden meer taxi's dan vroeger, maar hij kan de juiste keuze niet maken wegens gebrek aan informatie vooraf.

Op grond van economische theorieën wordt derhalve aanvaard dat een markt van professionals moet worden gereguleerd, omdat het marktmechanisme zelf niet de ideale prijs-kwaliteit verhouding zal genereren. Daar die kwaliteit te maken heeft met bijvoorbeeld gezondheid van de patiënt, is er wel belang bij om die regulering in te stellen.⁸¹

Ofschoon dus duidelijk is dat regulering de voorkeur verdient boven mededinging in deze markten, is onduidelijk welke vorm van regulering dat dan zou moeten zijn. Bovendien is in de markt van vrije beroepsbeoefenaren en met name bij de notarissen een veel gehoord geluid dat de regulering de beroepsgroepen teveel beschermt, hetgeen de concurrentie en de efficiëntie

79 Schäfer & Ott 2000, p. 97-98 en 471-472; Noll 2001, p. 36-37; Baarsma, Mulder & Teulings 2004, kernpunten; Van den Bergh 1993, p. 35; NYFER 1997; Maks, Faure & Philipsen 2000, p. 5. Zie ook Bruinsma 2002, p. 555 e.v.

80 Een van de maatregelen die inmiddels is genomen, is het vergroten van de informatie van de passagier. Het tarief dient buiten en binnen de taxi duidelijk zichtbaar te worden geafficheerd. Zie daarover nader hfdst. 3, par. 1.3.

81 Van den Bergh 1993, p. 35.

niet ten goede komt.⁸² Daarbij wordt gewezen op het verschijnsel 'rent-seeking'. Dit wil zeggen dat beroepsbeoefenaren die goed georganiseerd zijn een effectieve lobby kunnen uitoefenen en daardoor de beroepsgroep zo kunnen organiseren dat zij hun exclusieve rechten en daarmee hun inkomsten beschermen. Dit is een verwijt dat het notariaat met name heeft getroffen.⁸³ Het komt er dus op neer dat de markt faalt, dat daarom regels zijn gesteld, maar dat die regels op hun beurt weer negatieve effecten genereren.

Er is sprake van deregulering van de beroepsgroep sinds de invoering van de Wet op het Notarisambt in 1999. Er moest meer marktwerking komen in het notariaat. Uitgaande van de voorgaande theorie is onwaarschijnlijk dat deze markt volledig zonder regulering de vereiste kwaliteit van dienstverlening zal bewerkstelligen. De vraag is meer welke vorm van regulering de minste negatieve effecten heeft. Een recent rapport in het kader van de evaluatie van de wet ziet redenen om tot verdere deregulering over te gaan, al wordt het volledig afschaffen van het domeinmonopolie niet als optie beschouwd.⁸⁴

Marktfalen door informatie-asymmetrie en de regulering om dat tegen te gaan, is, zoals reeds aangegeven, niet voorbehouden aan de markt voor de diensten van notarissen. In de volgende paragrafen wordt dit punt niet steeds herhaald, maar het geldt daar dus evengoed als achtergrond van de regelgeving.

3 DE GERECHTSDEURWAARDER

3.1 Contractdwang

De contractdwang die op de gerechtsdeurwaarder rust, is gebaseerd op artikel 11 Gerechtsdeurwaarderswet:⁸⁵

De gerechtsdeurwaarder is te allen tijde verplicht in het gehele arrondissement waarin zijn plaats van vestiging is gelegen de ambtshandelingen waartoe hij bevoegd is, te verrichten wanneer hierom wordt verzocht, tenzij:

- a. met het oog op zijn persoonlijke omstandigheden dit redelijkerwijs niet van hem kan worden verlangd, of
- b. de verzoeker niet bereid is het krachtens deze wet door de gerechtsdeurwaarder aan hem gevraagde voorschot voor het verrichten van ambtshandelingen te voldoen.

⁸² Plug e.a 2003, p. 1-2 en p. 18-38; Kruisheer 1999, p. 39; Kocken 1997, p. 37; NYFER 1997, p. 9; Van den Bergh 1993, p. 37-42; Zie hierover voor het Duitse recht: Gelking 1997, p. 30-31.

⁸³ Van Ee 2004, p. 734-735.

⁸⁴ Baarsma, Mulder & Teulings 2004.

⁸⁵ Wet van 26 januari 2001, *Stb.* 2001, 70.

Vóór invoering van deze wet in juli 2001 stond eenzelfde verplichting in artikel 13 Deurwaardersreglement (DR).⁸⁶ Men noemt dit de ministerieplicht van de gerechtsdeurwaarder. De ministerieplicht bestaat alleen ten aanzien van zogenaamde ambtshandelingen. Net als de notaris heeft de deurwaarder twee petten op: enerzijds vervult hij een ambt, anderzijds oefent hij een vrij beroep uit.

De deurwaarder kan derhalve niet weigeren de werkzaamheden die uit zijn ambt voortvloeien uit te voeren. Die ambtelijke werkzaamheden behelzen onder andere het doen van dagvaardingen, het doen van verdere explosten, ontruiming, beslagen, executoriale verkopen en ambtelijk toezicht bij openbare verkopen van roerende zaken, aldus artikel 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet.⁸⁷ Kort gezegd komt het erop neer dat de gerechtsdeurwaarder werkzaamheden vervult waarmee een gerechtelijke procedure wordt ingeleid en dat hij een belangrijke rol speelt bij de executie van een vonnis.

Ter uitvoering van de werkzaamheden sluiten de deurwaarder en de opdrachtgever een overeenkomst van opdracht.⁸⁸ In het geval waarin de ministerieplicht geldt, is de deurwaarder derhalve verplicht een overeenkomst te sluiten.⁸⁹

In bovengenoemd artikel 11 staat onder meer: 'De gerechtsdeurwaarder is te allen tijde verplicht in het gehele arrondissement waarin zijn plaats van vestiging is gelegen de ambtshandelingen *waartoe hij bevoegd* is, te verrichten wanneer hierom wordt verzocht...' (cursivering IH). De deurwaarder dient dus diensten te weigeren als hij daartoe niet bevoegd is. Het gaat dan niet om een uitzondering op de ministerieplicht, maar om het geval dat er geen ministerieplicht geldt.⁹⁰ Deze onbevoegdheid bestaat in de eerste plaats indien een ambtshandeling strijdig zou zijn met volkenrechtelijke verplichtingen van de staat.⁹¹ Hierbij valt te denken aan beslag op goederen van een vreemde mogendheid of dagvaarding van een ambassadeur.⁹² Ten tweede is de deurwaarder niet bevoegd om zijn ministerie te verlenen bij ambtshandelingen ten behoeve van of juist gericht tegen familie of partner.⁹³

86 Deurwaardersreglement 27-12-1960, *Stb.* 562, zoals laatstelijk gewijzigd 11 juni 1997, *Stb.* 241.

87 In art. 2 van het Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders staan de ambtshandelingen met bijbehorend tarief opgesomd. *Stb.* 2001, 325, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2001, 600.

88 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994 (5-III), nr. 49.

89 Zie hierover nader hfdst. 8 en 9.

90 Onderscheid is afkomstig van Teekens 1954, p. 167-171.

91 Art. 3a Gerechtsdeurwaarderswet.

92 Ten Hagen 2001, p. 108.

93 Art. 3 lid 2 Gerechtsdeurwaarderswet.

3.2 Uitzonderingen op contractdwang

3.2.1 Inleiding

De gerechtsdeurwaarder heeft een ministerieplicht, maar kan in bepaalde gevallen toch een opdracht weigeren. Aangezien de ministerieplicht zich alleen uitstrekt tot ambtsverrichtingen, mag de deurwaarder zijn diensten in beginsel weigeren als het gaat om verzoeken om diensten die geen ambtsverrichtingen zijn.⁹⁴

Anders dan bij de notaris leidt het onderscheid tussen ambtelijke werkzaamheden en niet-ambtelijke werkzaamheden bij de deurwaarder niet tot discussies in de literatuur. Niet wordt gesteld dat de deurwaarder ook niet-ambtelijke, maar wel typische deurwaarderswerkzaamheden zou moeten verrichten. Tot de niet-ambtelijke werkzaamheden behoort bijvoorbeeld de incassopraktijk. Opdrachten die daarop betrekking hebben, kan de deurwaarder derhalve weigeren.

De Gerechtsdeurwaarderswet geeft twee gronden aan, waarop de deurwaarder kan weigeren zijn ministerie te verlenen, te weten persoonlijke omstandigheden en niet-betaling. Uit de wet valt ook af te leiden dat de deurwaarder alleen binnen zijn ambtsgebied zijn ministerie hoeft te verlenen, hoewel hij tegenwoordig wel in heel Nederland bevoegd is. Vervolgens rijst de vraag of er nog meer weigeringsgronden zijn, dan die in de wet zijn genoemd of daar logisch uit voortvloeien.

3.2.2 Persoonlijke omstandigheden aan zijde gerechtsdeurwaarder

Artikel 11 Gerechtsdeurwaarderswet bepaalt dat de deurwaarder geen ambts-handelingen hoeft te verrichten wanneer dat met het oog op zijn persoonlijke omstandigheden redelijkerwijs niet van hem kan worden verlangd. Wel dient hij de nodige maatregelen te treffen om vervanging te regelen. Hij kan dan aan de minister verzoeken om een waarnemer te benoemen (art. 12 Gerechtsdeurwaarderswet).

Onder persoonlijke omstandigheden die maken dat de deurwaarder zijn diensten mag weigeren, vallen ziekte of verlof en verder een verhuizing, huwelijk, bevalling van de echtgenote, jubilea en overlijden.⁹⁵

3.2.3 Geen voorschot ontvangen

De gerechtsdeurwaarder hoeft een opdracht ook niet te accepteren als de opdrachtgever weigert het (wettelijk vastgelegde) voorschot op het tarief te betalen, aldus artikel 11 sub b Gerechtsdeurwaarderswet.

⁹⁴ Teekens 1973.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 775, nr. 3, p. 18.

3.2.4 Buiten het ambtsgebied

In de Gerechtsdeurwaarderswet is gekozen voor een stelsel waarin de deurwaarder bevoegd is door het gehele land activiteiten te verrichten. Dit betekent echter niet dat er een landelijke ministerieplicht is. De reden daarvoor is dat dit feitelijk problemen kan opleveren: de deurwaarder zou dan bijvoorbeeld ontruiming in verschillende delen van het land op dezelfde dag moeten verrichten. Vandaar dat artikel 11 van de wet de ministerieplicht beperkt tot het arrondissement waarin de plaats van vestiging is gelegen.⁹⁶

Dat de deurwaarders onderling het gebied waarin zij bevoegd zijn hebben verdeeld, vormt geen reden om te weigeren diensten te verlenen als iemand een deurwaarder vraagt op te treden buiten het hem toebedeelde gedeelte. Onderlinge afspraken kunnen de op de wet gebaseerde ministerieplicht niet opzij zetten.⁹⁷

3.2.5 Overig

De Gerechtsdeurwaarderswet lijkt alleen de twee in artikel 11 genoemde uitzonderingen op de ministerieplicht toe te laten.⁹⁸ Ik ben van mening dat er ook niet genoemde redenen zijn die een weigering kunnen rechtvaardigen. Dat zijn redenen die te maken hebben met de wijze van uitvoering van de opdracht die door de executant aan de deurwaarder wordt gegeven. Men kan ook beargumenteren dat de ministerieplicht zich niet tot dergelijke opdrachten uitstrekt, zodat van een weigering geen sprake is.

Als weigeringsgrond kan ten eerste worden aangevoerd dat het leven of de gezondheid van de gerechtsdeurwaarder in gevaar dreigt te komen.⁹⁹ Daarmee worden bedoeld: stakingen, oorlog of gevallen waarin een besmettelijke ziekte heerst.¹⁰⁰ Onder deze weigeringsgrond valt uitdrukkelijk niet de situatie dat de deurwaarder problemen verwacht bij zijn werkzaamheden: dat is nu juist geen reden om te weigeren.¹⁰¹ De deurwaarder zal echter zijn diensten niet hoeven te verrichten als hij politiebijstand nodig denkt te hebben en deze niet wordt verleend.¹⁰²

Ten tweede zal de deurwaarder zijn dienstverlening mogen weigeren indien hem wordt gevraagd in strijd met de wet, danwel in strijd met normen van

96 Exploten mogen op grond van art. 64 Rv niet worden uitgebracht op zondagen of erkende feestdagen en evenmin na acht uur 's avonds en voor zeven uur 's ochtends. Uiteraard zal een deurwaarder, mocht hij opdracht krijgen om toch op een van deze dagen of tijden een exploot uit te brengen weigeren deze op dat moment uit te voeren.

97 Teekens 1973, p. 70.

98 In deze zin: Van der Pol 2002, p. 49-50.

99 Legel 1991, p. 39.

100 Teekens 1973, p. 69.

101 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 775, nr. 3, p. 18.

102 Teekens 1974, p. 230.

moraal en fatsoen te handelen.¹⁰³ Bij dit laatste valt bijvoorbeeld te denken aan het beledigen van personen in een dagvaarding.¹⁰⁴

Verder zal de deurwaarder mogen weigeren als de opdrachtgever niet bevoegd is de opdracht te geven (bijvoorbeeld helemaal geen partij is in een geding of geschil).¹⁰⁵

De vraag is of de deurwaarder ook dienst mag weigeren op inhoudelijke gronden. Iemand wil bijvoorbeeld beslag leggen, maar een ander betwist zijn recht. Mag de deurwaarder dan afgaan op zijn eigen inschatting van welk recht voorgaat?

De deurwaarder bekijkt in beginsel niet of de inhoud van de dagvaarding wel juist is. Wel controleert hij alle gegevens die betrekking hebben op het uitbrengen van de dagvaarding.¹⁰⁶ De gerechtsdeurwaarder is dus niet verantwoordelijk voor de juistheid van de inhoud van de dagvaarding, maar indien evident is dat de inhoud van de dagvaarding de werkzaamheden van de deurwaarder zinloos maakt, bijvoorbeeld omdat er een verval- of verjaringstermijn is verstreken, dan kan hij weigeren het exploot te betekenen.¹⁰⁷

De deurwaarder zal zelf moeten bepalen of de door hem verrichte ambts-handeling rechten van derden zal schaden. Indien dit laatste het geval is, zou hij dienst mogen weigeren.¹⁰⁸ De deurwaarder die het vermoeden heeft dat uitvoering wordt gevraagd op basis van een akte die niet deugt, dient de executie te staken. Degene die uitvoering op grond van de akte verlangt, zal dan moeten aantonen dat het gestelde in de akte juist is.

Betwist iemand het recht van degene die uitvoering verlangt, maar twijfelt de deurwaarder voorschans niet aan de geldigheid van de akte of het recht van de opdrachtgever, dan zal hij moeten executeren.¹⁰⁹ De wetgever is van mening dat het te ver zou gaan als de deurwaarder de bevoegdheid zou hebben om te beoordelen of bijvoorbeeld een executie al dan niet wordt uitgevoerd. In de executiefase zou het betekenen, aldus nog steeds de wetgever, dat een vonnis door de deurwaarder nogmaals beoordeeld wordt. De rechtzoekende mag niet gedwongen worden eerst naar de rechter te stappen voordat de deurwaarder zijn werk doet.¹¹⁰

De deurwaarder heeft echter de mogelijkheid zelf het oordeel van de voorzieningenrechter (voorheen: president rechtbank) in te winnen op grond van artikel 438 lid 4 Rv, indien hij twijfelt of de executie zoals de executant

103 Art. 2 Verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders *Stcrt.* 2001, nr. 132; Nota naar aanleiding van het nader verslag, *Kamerstukken II* 1999/00, 22 775, nr. 16, p. 4.

104 Teekens 1974, p. 227, 229-230.

105 Teekens 1974, p. 227, 229-230.

106 Rapport werkgroep gerechtsdeurwaarders 1997, par. 11.3.

107 Vgl. Teekens 1992, p. 169-170, die overigens niet spreekt over weigering om te betekenen, maar aangeeft dat de deurwaarder in overleg met de opdrachtgever dient te treden.

108 Teekens 1993, p. 118.

109 Vgl. Teekens 1993, p. 120-121.

110 *Kamerstukken II* 1991/92 22 775, p. 17-19. Zie in dezelfde zin reeds Veldhuis 1973, p. 106.

die wenst, geoorloofd is. Illustratief is het geval van een hoogzwangere huurster die ontruimd diende te worden. De deurwaarder voelde er niet veel voor, maar de executant wilde dat hij de executie doorzette en had een rechterlijk ontruimingsbevel. De president in kort geding schorste vervolgens de executie tot enige na weken na de bevalling.¹¹¹

3.3 Ratio contractdwang

3.3.1 *Inleiding*

De gerechtsdeurwaarder heeft een ministerieplicht omdat hij als enige bevoegd is exploten uit te brengen. Indien men iemand wil dagvaarden dan zijn daarvoor de diensten van de gerechtsdeurwaarder nodig en als men een vonnis ten uitvoer wil laten leggen, of beslag wil leggen, dan kan dat alleen maar door tussenkomst van de gerechtsdeurwaarder. De combinatie van de monopoliepositie van de deurwaarder en de noodzakelijkheid om van zijn diensten gebruik te maken, is de reden van de wettelijke ministerieplicht.

3.3.2 *Redenen voor de verplichte inschakeling gerechtsdeurwaarder*

3.3.2.1 *Inleiding*

De onderliggende vraag is waarom de deurwaarder de exclusieve bevoegdheid heeft om exploten uit te brengen en bovendien het uitbrengen van deze exploten in bepaalde gevallen verplicht is gesteld. De redenen verschillen al naar gelang de aard van het uit te brengen exploit, waarbij grofweg kan worden onderscheiden tussen dagvaardingen enerzijds en exploten die te maken hebben met de executie of anderszins uitoefening van rechten anderzijds.

3.3.2.2 *Hoor en wederhoor*

De reden dat bij sommige procedures een dagvaarding door een deurwaarder verplicht is voorgeschreven heeft te maken met het beginsel van hoor en wederhoor.¹¹² Het moet vast staan dat de gedaagde weet dat hij in rechte wordt betrokken, zodat hij zich kan verweren. De deurwaarder brengt de dagvaarding persoonlijk langs en zorgt dus dat de dagvaarding feitelijk bij de gedaagde terechtkomt. Deze taak is aan een speciale ambtenaar opgedragen, om te zorgen dat de taakuitoefening zorgvuldig plaatsvindt.

In het kader van de marktwerkingoperatie van de overheid is de vraag gesteld of de dagvaarding wel steeds nodig is. Het onderzoek richtte zich, net als bij de notaris, met name op de vraag of de deurwaarder niet een te beschermde positie heeft. Hij heeft een monopoliepositie ten aanzien van

111 Van der Pol 2002, p. 51-52. Zie ook Saarloos 1996.

112 Rutgers 1999, p. 7.

ambtshandelingen en kan daardoor een concurrentievoordeel behalen bij de uitoefening van de niet-ambtshandelingen als de incassoprocedure.¹¹³ Onder andere werd kritisch gekeken naar de noodzaak van de verplichte dagvaarding. Het uitbrengen van de dagvaarding wordt namelijk uiteindelijk betaald door degene die in de kosten van het geding wordt veroordeeld. Voorts geldt de dagvaardingsprocedure alleen in civiele geschillen en zelfs daar niet altijd: er zijn natuurlijk ook de verzoekschriftprocedures. In al die procedures wordt toch ook recht gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor. Er gaan dus stemmen op om het gebruik van de dagvaarding in te perken en een andere wijze van oproepen te gebruiken in gevallen waarin de 'zware' dagvaarding niet nodig is.

Verder zijn er auteurs die van mening zijn dat de dagvaarding helemaal niet zo betrouwbaar is als wel wordt beweerd. Immers, indien de deurwaarder de gedaagde niet thuis vindt, laat hij een afschrift achter, in de brievenbus. En de vraag is, of dat veel meerwaarde heeft boven de post.¹¹⁴ Er blijven overigens gevallen waarin de dagvaarding een erkende meerwaarde heeft, bijvoorbeeld als termijnen dreigen te verlopen, als partijen op hetzelfde adres wonen of als de wederpartij geen bekende woon- of verblijfplaats heeft.¹¹⁵

3.3.2.3 *Ordelijke executie*

Over de wenselijkheid en noodzaak van de verplichte inschakeling van de deurwaarder in de executiefase is geen enkele discussie. De achterliggende gedachte is dat eigenrichting niet wenselijk wordt geacht, maar de burger natuurlijk wel de mogelijkheid moet hebben om zijn recht te halen.¹¹⁶ De deurwaarder onderneemt weliswaar pas actie op verzoek van de opdrachtgever, maar hij heeft bij de uitoefening van de executie zijn eigen verantwoordelijkheid voor een ordelijk verloop van een en ander. De gerechtsdeurwaarder is in die zin neutrale partij. Er wordt wel gezegd: hij wordt door de overheid aan partijen ter beschikking gesteld. Een deurwaarder is niet emotioneel of met zakelijke belangen betrokken bij de executie. Dat maakt dat hij zich zowel humaan als zakelijk kan opstellen jegens de geëxecuteerde. Van belang is overigens ook dat de deurwaarder onafhankelijk is ten opzichte van andere overheidsorganen. Ook om die reden bestaat de ministerieplicht: de burger moet zijn recht kunnen halen, zonder frustratie door de overheid. De deurwaarder is dus wel een ambtenaar, maar staat niet in een gezagsverhouding tot de overheid en de uitvoering van zijn ambtelijke plichten is gewaarborgd door de ministerieplicht.¹¹⁷

113 Rapport werkgroep gerechtsdeurwaarders 1997, in het kader van het project Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit, par. 5.1.

114 Rutgers 1999, p. 9.

115 Jongbloed 1999, p. 3-4.

116 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 775, nr. 3, p. 4.

117 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 775, nr. 3, p. 18.

4 DE ADVOCaat

4.1 Contractdwang

De advocaat ondervindt contractdwang op twee wettelijke gronden. In de eerste plaats op grond van artikel 13 lid 1 Advocatenwet:

De rechtzoekende die niet of niet tijdig een advocaat bereid vindt hem zijn diensten te verlenen in een zaak, waarin vertegenwoordiging door een advocaat is voorgeschreven danwel bijstand uitsluitend door een advocaat of procureur kan geschieden, kan zich wenden tot de deken van de orde van advocaten in het arrondissement waar de zaak moet dienen, met het verzoek een advocaat aan te wijzen.

En lid 4 van datzelfde artikel:

De aangewezen advocaat is verplicht zijn diensten te verrichten.

Men noemt dit de ministerieplicht van de advocaat. De deken kan het verzoek alleen wegens gegronde redenen afwijzen. Voor de procureur geldt op grond van artikel 67 Advocatenwet eenzelfde ministerieplicht. Deze ministerieplicht brengt met zich mee dat de advocaat verplicht is een overeenkomst van opdracht, vaak meer specifiek een overeenkomst van lastgeving, te sluiten. De overeenkomst tussen procureur en cliënt is in ieder geval een overeenkomst van lastgeving, omdat de procureur rechtshandelingen namens de cliënt verricht.¹¹⁸

In de tweede plaats kan de advocaat contractdwang ondervinden als sprake is van een zogenaamde 'toevoeging'. Daarover gaat artikel 24 lid 4 van de Wet op de rechtsbijstand (Wrb), dat luidt:

De rechtsbijstandverlener kan slechts met instemming van de raad (voor rechtsbijstand, II) de toevoeging weigeren. Zolang de toevoeging niet is gewijzigd of ingetrokken, is hij verplicht de nodige rechtsbijstand te verlenen.

Wordt door de raad niet ingestemd met de weigering van de advocaat, dan kan een advocaat die bij de raad voor rechtsbijstand is ingeschreven dus tegen zijn wil worden toegevoegd.¹¹⁹

Lezing van artikel 13 Advocatenwet maakt duidelijk dat de ministerieplicht van advocaten en procureurs is beperkt tot die gevallen waarin inschakeling van een advocaat verplicht is, danwel bijstand uitsluitend door advocaat of procureur kan geschieden.¹²⁰ Uit tuchtrechtspraak blijkt dat de deken een

118 HR 1 maart 1974, NJ 1975, 6, bevestigd in HR 2 februari 2001, NJ 2002, 372.

119 Pres. Rb. Amsterdam 1 november 1994, KG 1995, 69.

120 In Duitsland geldt een vergelijkbare regeling, zie § 48, 49 en 49a Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO).

verzoek om aanwijzing van een advocaat kan afwijzen indien de cliënt zich ook door een andere rechtshulpverlener dan een advocaat mag laten bijstaan. Ook is afwijzing geoorloofd indien bijstand in een strafzaak niet wettelijk verplicht is gesteld, tenzij de belangen van de verdachte dan onvoldoende zouden worden behartigd. Een verzoek om aanwijzing van een advocaat mag tevens worden afgewezen indien de verzoeker zelf niet geprobeerd heeft een advocaat te vinden.¹²¹

4.2 Uitzonderingen op contractdwang

De ministerieplicht voor advocaten en procureurs is beperkt tot de aanwijzing door de deken van de orde van advocaten of de toevoeging op basis van de Wet op de rechtsbijstand. De advocaat krijgt dus ook alleen in die gevallen met de ministerieplicht te maken, hetgeen waarschijnlijk verklaart waarom er vrijwel geen uitzonderingen op deze contractdwang zijn te vinden.

Indien sprake is van een ministerieplicht van de advocaat, dan kan hij de opdracht in beginsel niet weigeren. Dat zou de aanwijzing of de toevoeging nutteloos maken. De overeenkomst van opdracht wordt dus in het geval de ministerieplicht geldt, altijd gesloten. Vervolgens is wel mogelijk dat de advocaat besluit om verdere werkzaamheden aan de zaak te staken. Dit vormt geen uitzondering op de contractdwang (de overeenkomst is immers reeds gesloten). Om die reden worden de weigeringsgronden van de advocaat verder behandeld in hoofdstuk 9, waar onder andere de ontbinding en opzegging van overeenkomsten gesloten onder contractdwang nader aan de orde komen.¹²²

4.3 Ratio contractdwang

4.3.1 Inleiding

Bij de bespreking van de ratio van contractdwang dient onderscheid te worden gemaakt tussen de ministerieplicht van de procureur en die van de advocaat (ook al zijn beide functies in het algemeen in één persoon verenigd).

4.3.2 Ratio contractdwang procureur

De reden van de ministerieplicht van de procureur is gelegen in de verplichte procesvertegenwoordiging. Verplichte procesvertegenwoordiging wil zeggen dat een procespartij verplicht is om zich in civiele procedures voor rechtbank en hof te laten vertegenwoordigen door een procureur en bij de Hoge Raad

¹²¹ Boekman 1998, p. 169.

¹²² Zie hfdst. 9, par. 2.6.2.

door een advocaat.¹²³ In een niet onaanzienlijk aantal gevallen kan alleen een procedure worden aangespannen en gevoerd indien men daarbij vertegenwoordigd wordt door een procureur. Deze procureurstelling is verplicht gesteld bij wet. In het civiele procesrecht is verplichte procesvertegenwoordiging het uitgangspunt. Zij geldt zowel bij procedures die met een dagvaarding worden ingeleid¹²⁴ als bij verzoekschriftprocedures,¹²⁵ al is er wel een verschil: alleen bij de contentieuze procedure werkt de procesvertegenwoordiging privaat. In dat geval is de cliënt zelf dus niet meer bevoegd om proceshandelingen te verrichten. De verplichte procesvertegenwoordiging geldt slechts zeer beperkt in kort geding,¹²⁶ en niet bij de kantonrechter.¹²⁷ In het strafprocesrecht bestaat de verplichte procesvertegenwoordiging door een procureur niet, netzomin als in het bestuursprocesrecht.

De procureur is degene die bevoegd is om bij de rechtbank in zijn arrondissement stukken in te dienen, zaken op de rol te laten zetten, etc. Het gaat dus om allerhande feitelijke proceshandelingen. Een advocaat kan deze handelingen alleen in zijn eigen arrondissement verrichten, omdat hij daar vrijwel steeds ook procureur is. Voert hij een procedure in een ander arrondissement, dan zal hij daar een procureur moeten inschakelen.¹²⁸ De advocaat voert het inhoudelijke proces.

4.3.3 *Ratio contractdwang advocaat*

De reden dat aan de advocaat een ministerieplicht is opgelegd, is het recht op rechtsbijstand. De Grondwet (art. 18 en 112-118), artikel 6 EVRM en artikel 14 BUPO geven de burger recht op bijstand door een juridisch deskundige. In strafzaken geldt een ongeclausuleerd recht op juridische bijstand voor mindervermogenen, in civiele zaken hangt het van de complexiteit van de zaak af. Voor alle gevallen waarin rechtsbijstand noodzakelijk is, heeft de overheid de verplichting daarvoor zorg te dragen. De advocaat heeft een procesmonopolie, dat wil zeggen dat hij de enige is die bevoegd is als raadsman op te treden in een proces. De combinatie van dit procesmonopolie en het recht op rechtsbijstand maakt dat de advocaat bij een toevoeging of een dekenaanwijzing de opdracht niet mag weigeren.

123 Omschrijving ontleend aan Quant 1995, p. 8.

124 Art. 79 lid 2 Rv.

125 Art. 278 lid 3 Rv.

126 Art. 255 Rv: De gedaagde kan in de zaken, bedoeld in artikel 79, tweede lid, behalve bij procureur ook in persoon procederen, maar niet vertegenwoordigd door een gemachtigde die geen procureur is (...) 3. In andere korte gedingen niet ingeleid met een dagvaarding, is ook de eiser niet verplicht bij procureur te procederen.

127 Art. 79 Rv.

128 De Minister van Justitie is voornemens deze regeling te wijzigen per 1 januari 2006. Het is de bedoeling dat de procureur in geheel Nederland kan procederen. Het verplicht procuraat als zodanig wordt niet afgeschaft. *NJB* 2004, p. 408.

4.3.4 Redenen voor verplichte inschakeling advocaat en procureur

4.3.4.1 Inleiding

Voor de verplichte inschakeling van de advocaat en de procureur wordt een aantal redenen aangevoerd. Vaak wordt onder de term verplichte procesvertegenwoordiging niet alleen de verplichte procureurstelling, maar ook de rechtsbijstand door een advocaat verstaan. Hoewel dit twee verschillende zaken zijn, worden ze op één hoop gegooid. In het voorgaande heb ik de scheiding wel aangehouden, hier doe ik dat niet, omdat de argumenten voor en tegen verplicht procuraat en voor en tegen verplichte rechtsbijstand deels in elkaar overlopen.

Rutgers onderscheidt twee groepen argumenten voor de verplichte procesvertegenwoordiging:¹²⁹ redenen die te maken hebben met de bescherming van de rechtzoekenden en redenen die te maken hebben met het functioneren van de rechtsorde.

4.3.4.2 Bescherming rechtzoekenden

In het kader van het argumenten dat de bescherming van de rechtzoekende verplichte procesvertegenwoordiging vereist, worden verschillende subargumenten gehanteerd. Eén daarvan werd door Leijten als volgt verwoord:

'(...) dat vermogensrechtelijke procedures in het algemeen inhoudelijk en procedureel zo ingewikkeld zijn, dat het gewoon waanzin en onrecht is ze door partijen zelf te laten voeren'.¹³⁰

Een juridische procedure is te ingewikkeld voor een niet-jurist, met name in het civiele procesrecht.¹³¹ De Commissie van Delden gaf aan dat deskundige rechtsbijstand in civiele procedures vaak noodzakelijk is om de toegang tot de rechter te waarborgen en aldus te voldoen aan het beginsel van fair trial van artikel 6 EVRM en concludeert dan dat indien het burgerlijk procesrecht vereenvoudigd wordt dit argument op den duur aan legitimiteit zal inboeten.¹³²

Uitzonderingen op de verplichte procesvertegenwoordiging in civiele procedures doen zich dan ook met name voor als de deskundige bijstand minder nodig wordt geacht, zoals bij kantongerechtszaken, die weliswaar ingewikkeld kunnen zijn, maar waar het financiële belang beperkt is (ofschoon dat bij arbeidszaken niet opgaat), of voor specifieke groepen die op grond van

¹²⁹ Rutgers 1980, p. 6.

¹³⁰ Leijten 1980, p. 486.

¹³¹ Rapport Commissie Cohen 1995, uitgebracht in het kader van het project Markttwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit, hfdst. 6; Quant 1995, p. 13-14; Advies Commissie van Delden 1997, p. 6; Snijders 1988, p. 1200.

¹³² Advies Commissie van Delden 1997, p. 21.

hun deskundigheid zichzelf mogen vertegenwoordigen zoals het OM, de Raad voor kinderbescherming of gezinsvoogdij-instellingen.¹³³

Een ander subargument is dat de verplichte procesvertegenwoordiging bewerkstelligt dat alle relevante feiten en argumenten voor het voetlicht komen en dat partijen aan elkaar gewaagd zijn.

Voorts wordt aangevoerd dat de eerlijkheid van het proces wordt bevorderd omdat de advocaat onafhankelijk is van overheid en rechterlijke macht.¹³⁴

4.3.4.3 Functioneren rechtsorde

In het kader van het argument dat verplichte procesvertegenwoordiging het functioneren van de rechtsorde bevordert, wordt het volgende gesteld. De advocaat neemt de rechter werk uit handen. Gezien de huidige hoge werklast van de rechterlijke macht is dat een argument dat serieus genomen wordt. Indien een advocaat de zaak aan de rechter voorlegt, dan garandeert dat in ieder geval dat de relevante feiten worden vermeld en dat ze in een juridisch kader worden geplaatst. Indien de rechter deze informatie van een leek moet verkrijgen, dan doet hij eigenlijk het werk dat normaliter de advocaat reeds heeft verricht.¹³⁵ In dit verband is vermeldenswaard dat bij cassatie in strafzaken in 1999 bij wet de verplichting is ingesteld om een schriftuur van een advocaat in te dienen.¹³⁶ Dit is een van de maatregelen om de bestaande overbelasting van de strafkamer van de Hoge Raad te verminderen. De schrifturen die de verdachten zelf indienden bevatten voornamelijk feitelijkheden, hetgeen toetsing door de Hoge Raad bemoeilijkte.¹³⁷ Ook bij civiele cassatiezaken blijkt enige bezorgdheid te zijn over de kwaliteit van de juridische bijstand in civiele cassatiezaken. De Commissie cassatie-advocatuur heeft aan de Minister van Justitie geadviseerd om een cassatiebalie op te richten. Het huidige stelsel is dat inschrijving als advocaat in Den Haag noodzakelijk (maar ook voldoende) is om cassatiezaken te kunnen behandelen. De mogelijkheid om rechtsbijstand in civiele cassatie te verlenen moet in de toekomst niet worden voorbehouden aan Haagse advocaten, maar dient wel te worden voorbehouden aan gekwalificeerde advocaten. Daarbij zal dus een kwaliteits-toets moeten worden aangelegd, die nog nader moet worden ingevuld, maar waarin ook begrepen zou moeten zijn een minimaal aantal te behandelen cassatiezaken per jaar.¹³⁸

133 Zie voor de gezinsvoogdij-instelling: Hof 's-Hertogenbosch 11 december 1998, *NJ* 1999, 528.

134 Rapport Commissie Cohen 1995, hfdst. 6.

135 Rutgers 1980, p. 3-6; Rapport Commissie Cohen 1995, hfdst. 6.

136 Wet van 28 oktober 1999, *Stb.* 1999, 467, inmiddels opgenomen in art. 437 Sv. Zie over deze regeling kritisch: Mevis 2000, p. 103 e.v.

137 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 027, nr. 3, p. 11.

138 Zie bericht 'Cassatietableau voor advocaten' in: Rubriek Actualiteiten Nieuws, *NJB* 2004, p. 1570-1571.

Voorts valt in het kader van de rechtsorde te noemen het argument dat de advocaat, anders dan zijn cliënt, afstand heeft tot het geschil. Hij vervult daardoor een 'zeeffunctie', inhoudende dat hij zaken probeert te schikken, kansloze zaken bij de rechter weghoudt en een rem zet op het hoger beroep.¹³⁹ De Commissie Van Delden was overigens van mening dat de zeef-functie op zichzelf de verplichte procesvertegenwoordiging niet rechtvaardigt.¹⁴⁰

Verder wordt als subargument in het kader van het functioneren van de rechtsorde wel genoemd dat de rechter zijn onpartijdigheid kan verliezen indien hij één van beide partijen moet helpen, omdat deze geen advocaat heeft meegenomen.

4.3.4.4 *Contra-argumenten*

De verplichte inschakeling van advocaat en procureur is niet onomstreden. Mocht de verplichte inschakeling van advocaat en procureur ooit worden afgeschaft, dan komt de ratio aan de contractdwang die op de advocaat en de procureur rust deels te ontvallen.

Het belangrijkste argument tegen verplicht inschakeling van advocaat en/of procureur is dat de rechtzoekende op kosten wordt gejaagd.¹⁴¹ Zo is de vraag of de ontlasting van de rechterlijke macht die plaatsvindt doordat een advocaat de stukken schrijft en voornamelijk het woord voert, wel betaald moet worden door de partijen in het geding.¹⁴² Ook het moeten inschakelen van een procureur naast de advocaat, indien het proces in een ander arrondissement plaatsvindt, werkt kostenverhogend.¹⁴³ De vraag is waarom de procesvertegenwoordiging verplicht moet zijn: is het niet voldoende indien de cliënt het recht heeft op een advocaat, maar niet de plicht om er daadwerkelijk een in de arm te nemen?¹⁴⁴

Een argument tegen verplichte procesvertegenwoordiging is verder dat in sommige civiele procedures en in het bestuursrecht geen verplichte procesvertegenwoordiging bestaat en dat de procedures daar wel goed verlopen.¹⁴⁵ Daar valt voor het bestuursrecht wel bij op te merken dat de aard van het proces en de functie van de rechter anders is. Het gaat om twee ongelijkwaardige partijen – burger versus overheid – en daarom bemoeit de rechter zich daar veel meer met de procesvoering dan in het civiele geding. Overigens neemt men in de bestuursrechtspraak een tendens waar naar juist meer ver-

139 Smit 1995, p. 274; Quant 1995, p. 11-12.

140 Advies Commissie Van Delden 1997, p. 20.

141 Quant 1995, p. 22.

142 Brunner 1980, p. 476; Rutgers 1980, p. 9.

143 Quant 1995, p. 22-24.

144 Vgl. Leijten 1980, p. 484-485.

145 Quant 1995, p. 19.

plichte procesvertegenwoordiging,¹⁴⁶ hetgeen verband houdt met het feit dat het bestuursprocesrecht gecompliceerder wordt.¹⁴⁷

Het argument dat de rechter zijn onpartijdigheid zou kunnen verliezen als hij teveel de procespartij zonder advocaat moet bijstaan, kan worden ontkracht door het feit dat de verplichte procesvertegenwoordiging is voorgeschreven juist voor de collegiale rechtspraak bij rechtbank en hof. In de kantongerechtprocedure en in kort geding, waar één rechter de zaak behandelt, bestaat nu juist geen verplichte procesvertegenwoordiging. Beschouwd vanuit het argument van de onpartijdigheid, is dat niet logisch: de alleensprekende rechter zou eerder partijdig kunnen zijn, omdat hij niet wordt gecorrigeerd door zijn collega's.¹⁴⁸

Voorts is het de vraag of de bescherming van de rechtzoekende, die geboden wordt door deskundige bijstand, wel altijd nodig is. Ook het grote bedrijf met een eigen juridische dienst moet een advocaat inschakelen, terwijl het bedrijf wellicht best in staat is om zelf de zaak te presenteren.¹⁴⁹ Aan dit bezwaar is deels tegemoetgekomen doordat ook juristen in dienstverband de mogelijkheid hebben om toe te treden tot de balie. De Orde van Advocaten heeft een verordening met die strekking uitgevaardigd, na druk van de politiek (in navolging van de commissie Cohen). Men vond dat het procesmonopolie van de advocaat in strijd was met de vrije mededinging en dat het beroep te zeer werd afgeschermd.

Als argument tegen het stelsel van verplichte procesvertegenwoordiging wordt ook genoemd de onmondigheid van procespartijen die het tot gevolg heeft.¹⁵⁰ De partij zou zelf moeten kunnen bepalen hoe de procedure gevoerd wordt. Nu geldt dat de advocaat, als *dominus litis*, bepaalt of en hoe er geprocedeerd wordt.¹⁵¹

Ik ben van mening dat de verplichte bijstand door een advocaat wenselijk is, omdat het gevaar bestaat dat de rechtzoekende niet kan inschatten of rechtsbijstand raadzaam is en dan ten onrechte geen hulp zoekt. Ten tweede zie ik voor de rechterlijke macht ook een groot voordeel als zij stukken van advocaten moet doornemen in plaats van stukken van leken. Bij de regeling dat procureurs alleen in eigen arrondissement kunnen opereren heb ik meer bedenkingen. Ook daar zijn natuurlijk argumenten voor, onder andere dat ze beter 'de weg kennen' op de rechtbank, maar er is nu een landelijk rolreglement, zodat de verschillen tussen de gerechten in gehanteerde termijnen e.d.

146 Rapport commissie Cohen, par. 5.2.

147 Vgl. Gribnau 2000, p. 13. Zie over complexiteit van het bestuurs(proces)recht eveneens, in dezelfde bundel: Cartigny 2000, p. 31 e.v., die overigens niet vindt dat de toenemende complexiteit zou moeten leiden tot *verplichte* procesvertegenwoordiging in het bestuursrecht.

148 Rutgers 1980, p. 9-10.

149 Rutgers 1980, p. 8

150 Quant 1995, p. 17-18, die overigens van mening is dat het privaat karakter van de procesvertegenwoordiging niet per se onmondigheid meebrengt.

151 Brunner 1980, p. 477.

in beginsel kleiner zijn. Voorlopig zet men geen stappen in de afschaffing van het procureaat, omdat niet duidelijk is wat de gevolgen zullen zijn, met name niet voor de werkbelasting van de griffies. De adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht is van mening dat het procureaat niet moet worden afgeschaft, zolang de alternatieven voor de bestaande regeling niet beter zijn geregeld.¹⁵²

5 DE ARTS

5.1 Inleiding

Ik maak in deze paragraaf een onderscheid tussen de geneeskundige behandelingsovereenkomst die een arts met de patiënt sluit en de overeenkomst tussen arts en patiënt die louter betrekking heeft op beschikbaarheid. De geneeskundige behandelingsovereenkomst wordt in artikel 7: 446 lid 1 BW als volgt omschreven:

De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling is de overeenkomst waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, de hulpverlener, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover een ander, de opdrachtgever, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de opdrachtgever of van een bepaalde derde. Degene op wiens persoon de handelingen rechtstreeks betrekking hebben wordt verder aangeduid als de patiënt.

Artikel 7:466 lid 2 BW omschrijft de handelingen die onder de geneeskundige behandelingsovereenkomst vallen:

Onder handelingen op het gebied van de geneeskunst worden verstaan:

- a. alle verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen – rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen, dan wel deze verloskundige bijstand te verlenen;
- b. andere dan de onder a bedoelde handelingen, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon, die worden verricht door een arts of tandarts in die hoedanigheid.

Uit deze omschrijvingen blijkt dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst niet de beschikbaarheidsrelatie¹⁵³ tussen huisarts en patiënt omvat. Het gaat om de daadwerkelijke behandeling van de patiënt (dat kan ook

¹⁵² Commissie onder voorzitterschap van J.R.A. Huydecoper. *NJB* 2004, p. 969-970.

¹⁵³ De term beschikbaarheidsrelatie ontleen ik aan Brands 1997, p. 20.

advisering zijn), naar aanleiding van een concrete klacht van de patiënt. De overeenkomst die de patiënt en huisarts ten aanzien van de beschikbaarheid sluiten zal ook alleen tussen huisarts en patiënt voorkomen: de huisarts schrijft een patiënt in in de praktijk. Behandeling van de patiënt hoeft dan nog niet aan de orde te zijn.

De toelichting bij artikel 3 lid 1 van de Modelregeling arts-patiënt, uitgebracht door de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij ter bevordering der Geneeskunst (KNMG) en de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (NPCF)¹⁵⁴ vermeldt dat er in de relatie huisarts-patiënt doorgaans sprake zal zijn van een doorlopende 'slapende' overeenkomst voor onbepaalde tijd. Deze overeenkomst leeft op op het moment dat de patiënt zich tot zijn huisarts wendt voor een concreet advies en/of hulp. En de toelichting vervolgt dan met te vermelden dat bij een medisch specialist in het algemeen pas sprake is van een overeenkomst op het moment dat de patiënt zich tot de specialist om een concreet advies en/of hulp wendt.

De omschrijving die hier wordt gegeven van de overeenkomst tussen huisarts en patiënt als een slapende overeenkomst die tot leven komt als de patiënt zich tot de huisarts wendt, lijkt mij accuraat. Het is echter niet zo dat deze slapende overeenkomst met de huisarts een geneeskundige behandelingsovereenkomst is. Dat staat ook niet in de Modelregeling, er wordt gesproken over 'een overeenkomst' niet over de 'behandelingsovereenkomst'. Het gaat mijns inziens om een raamovereenkomst, die als inhoud heeft het behoren tot het patiëntenbestand van de huisarts en de beschikbaarheid van die huisarts indien de patiënt hulp of advies nodig heeft.¹⁵⁵ Binnen die raamovereenkomst worden dan steeds afzonderlijke geneeskundige behandelingsovereenkomsten gesloten.

5.2 Contractdwang

5.2.1 *Directe contractdwang?*

Artsen ondervinden indirecte contractdwang, maar geen directe contractdwang, al er is er één twijfelgeval.

De uitzondering op het gegeven dat er geen directe contractdwang voor artsen bestaat, is mogelijk te vinden in de combinatie van artikel 2 en artikel 3 lid 1 Modelregeling. Artikel 2 luidt:

¹⁵⁴ De modelregeling is bedoeld voor de relatie arts-patiënt in meer algemene zin, ongeacht of de arts een huisarts, medisch specialist of bedrijfsarts is. De modelregeling is te bestellen bij de KNMG (versie van 1998).

¹⁵⁵ In dezelfde zin: Van Wijmen 1985, p. 542-543.

‘De patiënt heeft met inachtneming van wettelijke en organisatorische beperkingen, het recht van vrije artskeuze. Dit betekent dat het als regel niet zo kan zijn dat de patiënt de facto slechts de keuze heeft uit één arts.’

Dit artikel is van belang in combinatie met artikel 3 lid 1:

‘De arts zal, met inachtneming van artikel 2, met een patiënt, die de wens te kennen heeft gegeven medische hulp en/of advies te willen ontvangen een daarop gerichte overeenkomst aangaan.’

Zoals hiervoor reeds aangegeven, vermeldt de toelichting bij artikel 3 lid 1 dat het ook om ‘slapende’ overeenkomsten met de huisarts gaat. Zonder de toelichting zou dat niet zonder meer duidelijk zijn. Artikel 3 lid 1 omvat dus zowel een verplichting tot het sluiten van een geneeskundige behandelings-overeenkomst als een verplichting tot inschrijving van de patiënt in de praktijk.¹⁵⁶

Dit is echter wel naar de bewoordingen, maar niet naar zijn aard contractdwang. De reden daarvoor is dat de Modelregeling niet algemeen geldend is. Deze Modelregeling heeft het karakter van een dringend advies aan de leden van de KNMG. Tot artsen die geen lid zijn van de KNMG is de regel dus in ieder geval niet gericht. Voor de artsen die wel lid zijn van de KNMG geldt de regel wel, maar als er gegronde redenen voor bestaan, kan van het advies worden afgeweken.¹⁵⁷ Een contracteerplicht die is opgesteld door een beroepsorganisatie van artsen is voor een rechter (terecht) minder dwingend, dan een regel die door de formele wetgever is opgesteld. Bovendien kan een bepaling uit de Modelregeling niet rechtstreeks door de patiënt worden ingeroepen, zolang er nog geen overeenkomst is gesloten. Wel zou een rechter uit het bestaan van dit dringend advies kunnen opmaken dat een in beginsel geldende norm onder artsen is dat er een behandelings- of beschikbaarheidsrelatie met een patiënt moet worden gesloten. Het door de arts weigeren om deze overeenkomst aan te gaan, zou dan een onrechtmatige daad opleveren. Ik acht zeker niet uitgesloten dat het bestaan van deze regel in een concreet geval mee zal wegen bij de vraag of inderdaad sprake is van een onrechtmatige weigering van een arts, maar het gaat dan om indirecte contractdwang en niet om directe contractdwang.

Bovendien is de arts niet verplicht om op basis van artikel 3 een overeenkomst te sluiten, het is een zwaarwegend advies dat voortkomt uit een overeenkomst tussen twee ‘brancheorganisaties’. De patiënt zou dan dus rechten moeten ontleen aan een overeenkomst die tussen twee andere partijen is gesloten, namelijk KNMG en NPCF. Dat zou alleen kunnen als er sprake is van een derdenbeding. Artikel 6:253 omschrijft dit als volgt: ‘Een overeenkomst

¹⁵⁶ Zie ook: Brands 1997, p. 184 en p. 188 e.v.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 1992/93, 21 561, nr. 15, p. 2.

schept voor een derde het recht een prestatie van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen, indien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde dit beding aanvaardt.' De aanvaarding is het probleem niet, die zou kunnen worden afgeleid uit het feit dat de patiënt zich op het beding beroept. Het punt is wel dat de patiënt niet alleen rechten, maar ook verplichtingen opgelegd krijgt in de Modelregeling en dan is het dus niet alleen maar een beding ten behoeve van een derde.¹⁵⁸ Eventueel zou alleen artikel 3 als derdenbeding kunnen worden beschouwd. Het probleem zit er echter in dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst ook wel een derdenbeding moeten hebben beoogd. Dat is waarschijnlijk niet het geval geweest,¹⁵⁹ en in ieder geval niet voor dit enkele beding.

Mijns inziens kan dit geen contracteerplicht heten, omdat het geen bindende regeling is. Daarbij gaat het niet om de afdwingbaarheid voor de civiele rechter van de contracteerplicht. Tuchtrechtelijke bepalingen bijvoorbeeld kunnen ook niet leiden tot een contracteerplicht, omdat de tuchtrechter geen verplichting om een overeenkomst te sluiten kan opleggen. Hij kan alleen maatregelen als berispingen en schorsingen opleggen, maar dat neemt niet weg dat een tuchtrechter wel materieel kan vaststellen dat bijvoorbeeld de ministerieplicht is geschonden. Het zijn wel voor iedere notaris, gerechtsdeurwaarder, of advocaat geldende regels. Dat is hier anders: de Modelregeling geldt niet voor iedere arts, alleen voor hen die bij de KNMG zijn aangesloten, en bovendien is het geen regel, maar een advies.

Zou het wel gaan om een algemeen voor artsen geldende regel, dan zou er sprake zijn van directe contractdwang. De instructie is direct: de arts dient desgevraagd te contracteren. Indirecte contractdwang is de contractdwang die bestaat op basis van algemene normen, die in een concreet geval, na weging van alle omstandigheden van dat concrete geval, tot een verplichting tot contracteren leiden. Het gaat dus anders dan bij directe contractdwang niet om een vooraf bekende, geldende regel, maar om een contracteerplicht waarvan pas in concreto kan worden bepaald of hij bestaat of niet. De hierboven geciteerde bepaling voldoet niet aan die omschrijving: het is geen algemene norm, maar een zeer concrete en gerichte norm.

De Modelregeling lijkt op een set gedragsregels, althans die gedragsregels die niet in een verordening staan. Volgens Brands zal de rechter deze Modelregeling op dezelfde manier behandelen en dus zelf bepalen of hij ze als algemeen binnen de beroepsgroep geaccepteerde regels aanvaardt of niet. Dit zal afhangen van de concrete situatie. Sijmons is van mening dat de rechter de Modelregeling, juist met betrekking tot de acceptatieplicht van de arts niet

158 Stolker 1994, p. 118.

159 Aldus ook Stolker 1994, p. 118.

snel zal toepassen, omdat het leidt tot beperking van de contractvrijheid.¹⁶⁰ Qua toepassing lijkt het dus wel erg op indirecte contractdwang. Ik gebruik dan ook in het hiernavolgende bepalingen uit de Modelregeling als normen die kunnen leiden tot contractdwang, of die juist een uitzondering op de verplichting tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst van de arts formuleren. Ze komen verder dus aan de orde bij indirecte contractdwang, maar deze ene bepaling neemt, door haar directe formulering, een bijzondere positie in. De bepaling is een mengvorm. De wijze van formulering lijkt op een directe contracteerplicht, maar wat afdwingbaarheid betreft lijkt zij meer op indirecte contractdwang, omdat zij alleen in rechte gelding heeft als een rechter beslist dat het een norm is die in dit concrete geval voldoende gewicht in de schaal legt om tot een contracteerplicht te leiden.

5.2.2 *Indirecte contractdwang*

5.2.2.1 *Inleiding*

Artsen ondervinden in ieder geval wel indirecte contractdwang, in de vorm van een verplichting tot het sluiten van een geneeskundige behandelingsovereenkomst in concrete omstandigheden.¹⁶¹ Voor de huisarts komt daar soms nog de verplichting tot inschrijving in de praktijk bij.

5.2.2.2 *Inschrijving in huisartsenpraktijk*

In beginsel bestaat er voor de huisarts de verplichting om een patiënt in te schrijven in de praktijk en derhalve een raamovereenkomst te sluiten die inhoudt dat de patiënt de hulp en het advies van de huisarts kan inroepen indien nodig. Deze verplichting staat in de modelovereenkomst en is voorts af te leiden uit het feit dat in met name de gedragsregels de gevallen worden behandeld waarin de huisarts mag *weigeren* een patiënt in te schrijven. De regel is kennelijk: inschrijving in de praktijk.¹⁶²

5.2.2.3 *Geneeskundige behandelingsovereenkomst*

Algemeen wordt aangenomen dat de arts in beginsel een hulpverleningsplicht heeft. Deze hulpverleningsplicht brengt met zich mee dat een geneeskundige behandelingsovereenkomst wordt gesloten.¹⁶³ Er is echter geen wettelijke bepaling waarop deze plicht expliciet berust. De plicht wordt afgeleid uit de

160 En een acceptatieplicht grote financiële consequenties kan hebben als bijvoorbeeld het met de zorgverzekeraars overeengekomen aantal behandelingen wordt overschreden. Sijmons 1995, p. 338.

161 Dit is iets anders dan dat voor artsen of ziekenhuizen een algemene, in de zin van steeds geldende, hulpverleningsplicht geldt. Die is er alleen in noodsituaties, zoals in het navolgende duidelijk zal worden. Zie in deze zin: Sijmons 1995, p. 344.

162 Anders: Brands 1997, p. 99 t/m 102, althans voorzover hij concludeert dat een dergelijke verplichting in ieder geval niet uit de tuchtrechtspraak is af te leiden.

163 Uitzonderingen als een bewusteloze patiënt daargelaten.

functie van de arts als zodanig en uit een scala van algemene normen. De plicht om een behandelingsovereenkomst aan te gaan is dan ook niet universeel geldend, zoals ook de hierna nog te behandelen uitzonderingen op contractdwang laten zien, maar vormt wel het uitgangspunt.

Eén van de gebieden waarin normen zijn aan te wijzen die in een concreet geval kunnen leiden tot een contracteerplicht van een arts is het strafrecht. Artikel 450 Sr behelst een algemene hulpverleningsplicht voor diegene die getuige is van het levensgevaar van een ander. Deze hulpverleningsplicht geldt niet alleen voor artsen. Toch is er een verschil tussen een leek en een arts: een arts heeft in sommige gevallen meer mogelijkheden om effectief hulp te verlenen. Omstreden is echter of een arts ook meer risico moet nemen bij het verlenen van hulp dan een leek.¹⁶⁴

Een andere strafrechtelijke norm die een hulpverleningsplicht voor de arts met zich mee kan brengen, is artikel 255 Sr. Dit artikel verbiedt het opzettelijk in hulpeloze toestand brengen of achterlaten van personen jegens wie men een wettelijke of contractuele plicht tot onderhoud, verpleging of verzorging heeft. Artikel 255 Sr geldt alleen als er sprake is van een al bestaande relatie tussen de hulpgever en de hulpontvanger.

Ook tuchtrechtelijke normen en gedragsregels kunnen leiden tot contractdwang voor artsen in concrete gevallen. Zo kan de hulpverleningsplicht van de arts worden afgeleid uit gedragsregels¹⁶⁵ die zijn vastgesteld door de KNMG. Eén van de belangrijkste is gedragsregel II.6:

‘De arts verleent in noodsituaties en bij calamiteiten te allen tijde en voorzover mogelijk eerste hulp.’

Deze bepaling gaat alleen over hulp in noodsituaties. De verplichting om in andere gevallen dan noodsituaties hulp te verlenen, staat niet met zoveel woorden in een gedragsregel, maar valt er wel uit af te leiden. Gedragsregel II.12 bepaalt namelijk het volgende:

‘De arts respecteert het recht van de patiënt op vrije artskeuze. Er kunnen voor de arts redenen aanwezig zijn een behandelingsovereenkomst niet aan te gaan of te beëindigen, bijvoorbeeld instellingsgebonden werkzaamheden, geografische situatie, de praktijkgrootte, het ontbreken van bekwaamheid bij de arts tot het instellen van een bepaalde behandeling of onderzoek, en/of het ontbreken van een vertrouwensrelatie tussen de patiënt en de arts.’

Kennelijk wordt er in deze gedragsregel van uitgegaan dat een arts in beginsel een behandelingsovereenkomst zal sluiten met een patiënt en vervolgens wordt een aantal uitzonderingen opgesomd.

¹⁶⁴ Brands 1997, p. 261.

¹⁶⁵ Versie 2002, te raadplegen op <www.knmg.nl>.

Uit tuchtrechtelijke uitspraken valt af te leiden dat er een behandelingsplicht van artsen bestaat, zeker in noodgevallen.¹⁶⁶

Indirecte contractdwang voor artsen kan zich ook voordoen als de weigering om een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan een onrechtmatige daad zou opleveren. Een hulpverleningsplicht gebaseerd op onrechtmatige daad doet zich echter feitelijk zelden voor. Weinig patiënten spannen een proces aan op grond van het feit dat de arts onrechtmatig heeft gehandeld door behandeling te weigeren.¹⁶⁷ Een onrechtmatige daadsactie zou ook kunnen voortvloeien uit discriminatie door de huisarts en een daarop gebaseerde weigering om een overeenkomst aan te gaan.

5.3 Uitzonderingen op contractdwang

5.3.1 Inleiding

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen een situatie waarin een huisarts weigert een persoon als patiënt aan te nemen en de situatie waarin de arts weigert om feitelijk te behandelen. Sommige weigeringsgronden gelden uit de aard der zaak alleen voor de inschrijving in de huisartsenpraktijk, andere zien op de behandelingsovereenkomst en weer andere op beide. In sommige van onderstaande gevallen is het de vraag of het gaat om de weigering een geneeskundige behandelingsovereenkomst te sluiten, of dat sprake is van de niet-uitvoering of de opzegging van een reeds gesloten overeenkomst. Indien de arts bijvoorbeeld vanwege een verschil in levensbeschouwing een patiënt niet wil behandelen, zal de behandelingsovereenkomst soms al gesloten zijn, voordat een dergelijk verschil aan het licht komt.

5.3.2 De omvang van de praktijk

De omvang van de praktijk kan er toe leiden dat een huisarts een patiënt niet in zijn praktijk wil opnemen. De huisarts wil zijn praktijk beëindigen of inkrimpen, of de praktijk is vol. Gedragsregel II.22 van de KNMG bepaalt hierover het volgende:

De arts, die zijn praktijk overdraagt, informeert zijn patiënten tijdig over deze wijziging. De patiënt wordt zoveel mogelijk in de gelegenheid gesteld de arts van zijn keuze te nemen. Aan de patiënten wordt medegedeeld dat hun medische gegevens aan de opvolger of aan de door hen gekozen arts worden overgedragen, tenzij zij daartegen op enigerlei wijze bezwaar maken.

¹⁶⁶ Brands 1997, p. 102.

¹⁶⁷ Brands 1997, p. 232-233.

In de Modelregeling¹⁶⁸ valt de situatie dat de huisarts weigert een patiënt aan te nemen omdat de praktijk te vol is onder artikel 3 lid 2. Daarin staat dat indien de arts redelijkerwijs niet aan het verzoek om hulp van een patiënt kan voldoen, hij de patiënt de redenen voor zijn weigering meedeelt. In de toelichting wordt vermeld dat de arts onder andere redelijkerwijs niet aan een verzoek kan voldoen als hij zijn praktijk (voor inschrijving) heeft gesloten. Deze weigeringsgrond valt te rechtvaardigen vanwege het feit dat een huisarts bij een te volle praktijk niet meer aan de vraag kan voldoen. Hierbij wordt geen rekening gehouden met de situatie dat de huisarts de enige in de omgeving is en/of er geen opvolger is.¹⁶⁹

5.3.3 Geografische ligging praktijk

De tweede gerechtvaardigde reden voor een huisarts om inschrijving van een patiënt in de praktijk te weigeren, is dat de patiënt te ver van de huisarts vandaan woont.¹⁷⁰ Een huisarts moet, volgens de normen van de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV) althans, bij een spoedgeval binnen 15 minuten aanwezig zijn.¹⁷¹ Indien de huisarts van mening is dat hij de patiënt niet binnen die tijd kan bereiken, overmacht daargelaten, dan kan hij op grond daarvan weigeren om de patiënt in te schrijven in de praktijk. Dit is ook af te leiden uit artikel 7: 460 BW, waarin staat dat de hulpverlener de behandelingsovereenkomst niet kan opzeggen behoudens gewichtige redenen. In de toelichting is aangegeven dat één van die redenen de verhuizing van de patiënt is, 'waardoor de huisarts niet meer in staat zal zijn in voorkomende gevallen tijdig de van hem gevraagde hulp te verlenen'.¹⁷²

5.3.4 Ontbreken vertrouwensband

Een reden voor een huisarts om te weigeren een patiënt in te schrijven is dat er geen vertrouwensband bestaat tussen hem of haar en de patiënt.¹⁷³ Dat zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien een patiënt problemen heeft gehad met een collega van de huisarts uit dezelfde waarneemgroep. De waarneemgroep is verplicht om de patiënt zoveel mogelijk binnen de groep op te vangen bij problemen met de eigen huisarts. De patiënt mag niet louter om redenen van collegialiteit bij alle andere praktijken in hetzelfde geografische gebied worden geweigerd.

168 Modelregeling vastgesteld door KNMG en NPCF.

169 Brands 1997, p. 195 en 206-207.

170 Toelichting bij art. 2 lid 3 Modelregeling.

171 Rapport LHV 1989, p. 14 en 15.

172 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 561, nr. 3, p. 42.

173 Gedragsregel II.11 en art. 2 lid 2 Modelregeling.

Ook het aangaan van een behandelingsovereenkomst kan worden geweigerd op grond van het ontbreken van vertrouwen.¹⁷⁴

5.3.5 Arts ontbeert vereiste bekwaamheid

Een weigeringsgrond vormt ook het feit dat de arts niet de vereiste bekwaamheid bezit om de patiënt op een goede manier te behandelen. Deze weigeringsgrond staat ook opgenomen in de gedragsregels.¹⁷⁵

5.3.6 Gewetensbezwaren; verschil in levensbeschouwing

Een reden voor een arts om een patiënt niet te behandelen kan zijn dat de levensbeschouwing van de arts niet strookt met die van de patiënt. Hierover gaat het tweede deel van gedragsregel II.16, dat als volgt luidt:

Indien zijn levensbeschouwing niet strookt met die van de patiënt en daardoor de hulpverlening niet kan worden gewaarborgd, stelt de arts de patiënt in een zo vroeg mogelijk stadium in de gelegenheid om contact met een collega te krijgen.

5.3.7 Staking

Een staking of een werkonderbreking kan ook een reden voor een arts vormen om behandeling te weigeren. Op grond van artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest hebben ook artsen het recht om te staken.¹⁷⁶ Overigens leidt een staking bij reeds geplande ingrepen, bijvoorbeeld in een ziekenhuis, niet tot de weigering om een behandelingsovereenkomst aan te gaan, maar tot het niet uitvoeren van een reeds bestaande overeenkomst. Bij niet geplande verzoeken om hulp leidt het echter wel tot het niet afsluiten van een behandelingsovereenkomst. De sluiting van het contract wordt dan uitgesteld, spoedgevallen daargelaten.

Gedragsregel VII.4 zegt dat de arts die tot een staking of werkonderbreking overgaat, zich er altijd van zal moeten vergewissen dat er voorzieningen zijn getroffen die nodig zijn om de noodzakelijke medische zorg te garanderen. De vraag is vervolgens wanneer aan die eis is voldaan. Uit de jurisprudentie over stakingen van verpleegkundigen, specialisten en andere artsen, valt af te leiden dat het belang van de patiënt voorop staat. Acties zijn onrechtmatig,

‘wanneer zij leiden tot een vermindering van de mogelijkheid tot medische verzorging, in dier voege dat patiënten daardoor komen bloot te staan aan het gevaar

174 Gedragsregel II.11 en art. 3 lid 2 Modelregeling.

175 Gedragsregel II.11 en het staat eveneens in de toelichting bij art. 3 lid 2 van de Modelregeling.

176 Brands 1997, p. 239 t/m 242.

dat zij – mogelijk onherstelbare – schade lijden doordat onderzoek en eventuele behandeling te lang uitblijven.¹⁷⁷

In een andere uitspraak werd een soortgelijk criterium gebezigd:

‘Terecht heeft de president overwogen, dat slechts in beperkte mate uitzonderingen mogelijk zijn op het uitgangspunt dat acties van medici waardoor de gebruikelijke patiëntenzorg wordt verminderd, in beginsel onrechtmatig zijn jegens (mogelijke) patiënten.’¹⁷⁸

Stiptheidsacties door verpleegkundigen met betrekking tot medisch-technische handelingen (waartoe verpleegkundigen niet bevoegd zijn, maar welke handelingen zij normaliter wel uitvoeren in opdracht van een arts) werden in 1992 niet onrechtmatig geacht.¹⁷⁹ Het beperken van hulp tot spoedeisende gevallen is in beginsel wel onrechtmatig. Indien alleen spoedeisende gevallen worden geholpen, moeten andere patiënten immers langer wachten, waardoor complicaties kunnen ontstaan. Bovendien kan de spoedeisendheid verkeerd beoordeeld worden. Indien echter acties waarbij alleen spoedeisende gevallen worden geholpen beperkt zijn in duur en met lange onderlinge tussenpozen worden uitgevoerd, kan deze actievorm rechtmatig zijn.¹⁸⁰ De duur van de acties is dus een relevante factor.¹⁸¹ In kort geding zijn acties van specialisten die feitelijk zouden neerkomen op het gedurende tien dagen draaien van zondagsdiensten, door de president teruggebracht tot twee dagen.¹⁸²

5.3.8 Hulpverleningsplicht ander

Een arts kan ook weigeren hulp te verlenen onder verwijzing naar de hulpverleningsplicht van een ander.¹⁸³ Zo mag de arts naar zijn waarnemer verwijzen, of naar de eigen arts van de patiënt. Wel dient de arts te controleren of de arts waarnaar wordt verwezen op tijd aanwezig kan zijn om te behandelen. De waarneming dient misverstanden uit te sluiten.

5.3.9 Strijd met medische standaard

Een geval waarin de arts niet alleen mag weigeren om hulp te verlenen, maar waarbij hij zelfs moet weigeren om hulp te verlenen, is indien de hulp in strijd

177 HR 22 november 1991, NJ 1992, 508, r.o. 3.2.

178 Hof Amsterdam 2 februari 1989, r.o. 4.6., MC 1989, p. 536.

179 Pres. Rb. Amsterdam 21 mei 1990, TvG 1992/40, p. 305-307.

180 HR 22 november 1991, NJ 1992, 508, r.o. 3.3.

181 Zie bijv. ook: Pres. Rb. Utrecht 8 mei 1989, TvG 1989/59, p. 416-419.

182 Pres. Rb. Utrecht 29 mei 1987, AB 1988, 308.

183 Brands 1997, p. 88-89.

zou zijn met de medische standaard. Een patiënt die een behandeling wenst die de arts medisch niet verantwoord acht, krijgt nul op het rekest.¹⁸⁴

5.3.10 *Inschatting hulpvraag*

Een huisarts kan weigeren een patiënt thuis te bezoeken. Een dergelijke weigering is gebaseerd op een inschatting van de hulpvraag door de arts. Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat de weigering van de arts om bij een patiënt langs te gaan, niet licht wordt aanvaard. Van de arts wordt verwacht dat hij de hulpvraag goed inschat en bij twijfel dient hij de visite af te leggen.¹⁸⁵ Daarbij worden in de tuchtrechtspraak verscheidene omstandigheden van belang geacht, zoals de beschreven symptomen, de persoon van de patiënt (is het een ouder iemand of iemand die eerder ziek is geweest?), of zich onverwachte complicaties voordoen, of er hulp gevraagd wordt door een terzake kundig persoon en hoe ongerust de patiënt is.¹⁸⁶

Hoewel ik hier – kort – ben ingegaan op enkele omstandigheden die bepalend kunnen zijn voor een huisarts om al dan niet een visite af te leggen, gaat het mijns inziens niet altijd om een uitzondering op contractdwang. Er bestaat immers al een overeenkomst tussen huisarts en patiënt, namelijk de raamovereenkomst. Deze regelt nu juist het geval waar het hier over gaat, namelijk dat de huisarts (of een waarnemer) beschikbaar is als de patiënt hulp nodig heeft. Het gaat dus om de uitvoering van een bestaande overeenkomst. Wel kan men zeggen dat binnen die raamovereenkomst, steeds opnieuw overeenkomsten tot geneeskundige behandeling ontstaan als de patiënt een klacht heeft. Die geneeskundige behandelingsovereenkomst sluit de huisarts echter reeds zodra hij reageert op een hulpvraag van de patiënt. Door de klacht aan te horen en een inschatting te maken van de spoedeisendheid ervan, geeft de arts advies. Ook zonder dat hij tot daadwerkelijke behandeling over gaat, kan een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand komen. De patiënt ontvangt ook een rekening voor het telefonisch consult, waarbij de huisarts dus geen huisbezoek aflegt.

Dat ligt anders in die gevallen waarin spoedhulp wordt gevraagd aan een waarnemer van de huisarts. De waarnemer en de huisarts hebben wel een overeenkomst met elkaar gesloten, maar de waarnemer en de patiënt niet. De behandeling vindt plaats door de waarnemend arts, hetgeen met zich mee brengt dat hij degene is die met de patiënt op dat moment een geneeskundige behandelingsovereenkomst sluit. Het kan ook gaan om een arts die spoedhulp verleent en die helemaal geen waarnemingsdienst heeft.¹⁸⁷

184 Brands 1997, o.a. p. 98-99; Vgl. Van Reijssen 1999, p. 81.

185 Gevers 1998, p. 104.

186 Brands 1997, p. 76-77.

187 Vgl. Brands 1997, p. 189-190.

5.3.11 Financiële redenen

Niet geheel duidelijk is of artsen en ziekenhuizen hulp kunnen weigeren om financiële redenen. In beginsel wordt de weigering een patiënt te behandelen op grond van financiële overwegingen door een individuele arts niet aanvaard. Een patiënt niet willen behandelen uit angst dat de rekening niet zal worden voldaan, wordt in noodgevallen nooit geaccepteerd en in andere gevallen moeizaam. Uit de tuchtspraak blijkt grote terughoudendheid om deze weigeringsgrond te accepteren.¹⁸⁸

In de toelichting op artikel 42 Modelovereenkomst staat dat onder omstandigheden de arts contante betaling vooraf kan vragen, maar dat dit vanzelfsprekend niet kan bij spoedeisende hulp. Artikel 44 van de Modelovereenkomst bepaalt dat de arts op ieder moment dat daartoe redelijkerwijs aanleiding bestaat gerechtigd is om van de patiënt vooruitbetaling of zekerheidstelling te verlangen. Het achterwege laten van deze vooruitbetaling of zekerheidstelling geeft de arts echter niet de bevoegdheid acuut te verlenen geneeskundige hulp achterwege te laten.

Bij de behandeling van de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst lijkt de mogelijkheid van het weigeren van behandeling op grond van financiële redenen te zijn open gelaten.¹⁸⁹ In zoverre wijkt dit dus af van de tuchtspraak.¹⁹⁰ Uit de rechtspraak van de tuchtrechter komt het volgende beeld naar voren. De belangen van de patiënt en de arts worden tegen elkaar afgewogen, waarbij het belang dat de patiënt heeft bij behandeling zwaar weegt. Dat brengt met zich mee dat de arts meestal niet op grond van financiële redenen behandeling kan weigeren.

Eén van de groepen patiënten waarbij dit zich voordoet, zijn illegalen. Zij zijn niet verzekerd en kunnen lang niet altijd zelf betalen. De arts mag dan behandeling weigeren, behalve wanneer het gaat om een acute medische noodsituatie. Weigering is dan niet toegestaan en om te voorkomen dat de behandelaar zelf voor de kosten zou opdraaien is er een fonds opgericht uit de algemene middelen waaruit de arts wordt betaald.¹⁹¹

Bij behandeling in het ziekenhuis ligt de situatie iets anders. Ten eerste is een beroep doen op het zojuist genoemde fonds voor illegalen niet mogelijk, hoewel er wel een meer algemene voorziening is voor dubieuze debiteuren.¹⁹² Ten tweede, los van de problematiek van de illegalen, is van belang of het ziekenhuis een medewerkerovereenkomst heeft met het ziekenfonds van de patiënt. Indien een ziekenhuis namelijk geen medewerkerovereenkomst heeft met het ziekenfonds van de patiënt en de ingreep is erg kostbaar, dan kan

¹⁸⁸ Brands 1997, p. 95-96 en p. 322-323.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 1992/93, 21 561, nr. 15, p. 7.

¹⁹⁰ Brands 1997, p. 322-323.

¹⁹¹ Vermaat 2003, p. 4-6.

¹⁹² Vermaat, 2003, p. 6.

dat ertoe leiden dat de behandeling wordt geweigerd.¹⁹³ Als er wel een medewerkerovereenkomst is met het ziekenfonds, maar het budget wordt overschreden, dan hoeft dat geen legitieme reden op te leveren om behandeling te weigeren. In een kort geding baseerde de president dit op de Ziekenfondswet en op het Besluit voor erkenning van ziekenhuizen.¹⁹⁴ Brands merkt terecht op dat de genoemde bepalingen voor individuele artsen niet gelden, dus dat niet gezegd is dat dit voor een individuele arts ook tot een behandelplicht zou leiden.¹⁹⁵

5.3.12 Medisch zinloze behandeling

Tot slot vormt het feit dat een behandeling zinloos is een geaccepteerde weigeringsgrond. De arts bepaalt of de behandeling medisch gezien zinvol is. De president van de Rechtbank Utrecht heeft dit bevestigd in een geval waarin de dochter verzocht om verlenging van de behandeling van haar vader. De arts was daartoe niet gehouden.¹⁹⁶ Een behandeling kan ook medisch zinloos zijn omdat de patiënt weigert mee te werken of weigert noodzakelijke inlichtingen te verschaffen. De arts kan dan de behandelingsrelatie opzeggen. Wat hier uitdrukkelijk bij vermeld dient te worden, is dat een arts geen behandeling kan weigeren omdat de patiënt de ziekte of de klacht aan zichzelf te wijten heeft. Dat is dus iets anders dan wanneer de behandeling op zichzelf zinloos is omdat de patiënt absoluut niet wil meewerken.¹⁹⁷

Ook hier geldt weer dat er meestal al sprake zal zijn van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, die echter niet verder wordt uitgevoerd of die wordt opgezegd door de arts. Wanneer een arts constateert dat behandeling medisch zinloos is, dan zal hij de patiënt moeten hebben onderzocht, danwel de onderzoeksgegevens van een andere arts moeten hebben bekeken. Dat betekent mijns inziens dat er dan al een geneeskundige behandelingsovereenkomst bestaat, waarbinnen die beoordeling plaatsvindt. Onder het begrip behandelingsovereenkomst valt ook het verstrekken van advies of het geven van een second opinion.

5.4 Ratio contractdwang

Er is weinig over de (grondslagen van de) behandelingsplicht van de arts geschreven. Kennelijk vindt men het vanzelfsprekend dat een arts een patiënt behandelt indien hij daartoe in staat is. Soms verwoordt men dat als 'de

193 Brands 1997, p. 234-235.

194 Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 24 november 1989, *TvG* 1990/19, p. 83-85.

195 Brands 1997, p. 233.

196 Pres. Rb. Utrecht 12 oktober 1999, *KG* 1999, 304.

197 Brands 1997, p. 322-323.

maatschappelijke verantwoordelijkheid van de arts' en ook wordt wel verwezen naar de door iedere arts afgelegde eed of belofte.¹⁹⁸

Bij de behandelingsplicht van de arts speelt mee dat medische zorg gekwalificeerd kan worden als een van de meest noodzakelijke levensbehoeften, waarbij het gebrek aan alternatieven een rol speelt. Heeft men geen toegang tot een arts of weigert de arts te behandelen, dan kan dat zeer verstrekkende consequenties hebben. Het gaat hierbij, zoals we ook bij andere vormen van verplichte dienstverlening hebben gezien, om de combinatie van noodzakelijke diensten (in het geval van een arts: noodzakelijke medische zorg) en afhankelijkheid van de toegang tot de dienstverlener (in dit geval vanwege de specifieke deskundigheid van de arts).¹⁹⁹ Dat men recht heeft op geneeskundige behandeling, betekent echter nog niet dat dat recht jegens iedere individuele arts geldend kan worden gemaakt. Het betekent evenmin dat het recht van vrije artskeuze onverkort geldt. Een illustratie daarvan wordt gevormd door een uitspraak van de president van de Rechtbank Leeuwarden, waarin werd bepaald dat patiënten geen recht hebben op vergoeding door het ziekenfonds van hun huisartskosten, indien dat ziekenfonds de medewerkerovereenkomst met de arts heeft opgezegd.²⁰⁰ De patiënten zullen dan een andere huisarts moeten zoeken, of zelf de kosten dienen te dragen.

De hulpverleningsplicht van de arts is uiteindelijk terug te voeren op het recht op gezondheidszorg. Dat recht staat genoemd in artikel 22 van de Grondwet (Gw), ofschoon dat niet een heel expliciete vermelding is. In deze bepaling staat dat de overheid maatregelen treft ter bevordering van de volksgezondheid.

Aan het recht op gezondheidszorg komt naar de heersende opvatting geen directe horizontale werking toe in die zin dat het rechtstreeks doorwerkt in de relatie arts-patiënt.²⁰¹ De patiënt kan dus niet op basis van artikel 22 Gw een behandeling van de arts claimen. Wel wordt alom het recht op gezondheidszorg gebaseerd op artikel 22 Gw, maar deze bepaling wordt over het algemeen gezien als een instructienorm aan de overheid. Ook heeft de rechter uitspraken gedaan die erop neerkomen dat de gevorderde zorg moet worden verleend. Dit gaat dan echter niet via een rechtstreeks beroep op artikel 22 Gw, maar indirect, bijvoorbeeld via een verwijzing naar het ook in het geding zijnde gelijkheidsbeginsel.²⁰²

Het recht om aanspraak te kunnen maken op gezondheidszorg blijkt duidelijker dan uit de Grondwet uit meer specifieke wetten, bijvoorbeeld uit de Ziekenfondswet en de AWBZ.

198 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Utrecht 29 mei 1987, AB 1988, 308, r.o. 3.2; Brands 1997, p. 239-240.

199 Bartels 1984 vergelijkt de plicht van een hulpverlener met die van de openbare nutsbedrijven, p. 109-111.

200 Pres. Rb. Leeuwarden, 7 augustus 1996, KG 1996, 346.

201 Anders: Bartels 1984, p. 84.

202 Leenen 1995, p. 398.

6 DE APOTHEKER

6.1 Contractdwang

Er rust geen directe contractdwang op de apotheker. Wel bestaat er indirecte contractdwang. Uit de tuchtrechtspraak blijkt namelijk, dat de apotheker gedwongen is medicijnen te verstrekken, indien het gaat om dwingend noodzakelijke medicatie. Normaal gesproken verstrekt de apotheker de medicijnen en is weigering uitzondering. De contouren van de contractdwang worden daarom met name duidelijk bij de bespreking van de uitzonderingsgevallen in de volgende paragraaf.²⁰³

Het is niet geheel duidelijk of de apotheker in beginsel een afleveringsplicht heeft, maar daar op grond van zijn eigen professionele verantwoordelijkheid niet steeds aan hoeft te voldoen, of dat hij geen afleveringsplicht heeft, maar desalniettemin in bepaalde situaties afgifte niet mag weigeren.²⁰⁴ Ik heb de indruk dat de apothekers zelf niet willen horen van een leveringsplicht, omdat dit afbreuk zou doen aan hun eigen verantwoordelijkheid en expertise. Door de term leveringsplicht zou de indruk gewekt kunnen worden dat de apotheker, zeker wanneer er een recept aanwezig is, ook moet afleveren en dat is niet het geval.

De overeenkomst die de apotheker sluit met de klant is te kwalificeren als een koopovereenkomst, maar de vraag is of dat de lading geheel dekt. De apotheker heeft meer verplichtingen dan een standaardverkoper van producten: hij dient ook te adviseren en het medicijngebruik te bewaken, zeker als een klant meerdere medicijnen gebruikt. Ten Hoopen concludeert, na afweging van verschillende argumenten voor en tegen respectievelijk de koopovereenkomst en de overeenkomst van opdracht, dan ook tot een gemengde overeenkomst van koop en opdracht.²⁰⁵

De apotheker valt nu nog niet onder de reikwijdte van de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst (boek 7, titel 7, afdeling 5 BW), maar er is een wetsvoorstel in behandeling bij de Tweede Kamer waarin de apotheker wel onder de reikwijdte van de wet wordt gebracht.²⁰⁶ Op dit moment valt de verstrekking van geneesmiddelen door de ziekenhuisapotheker en de apotheekhoudend huisarts al wel onder titel 7.5.5 BW. Wanneer de overeenkomst tussen apotheker en klant ook als geneeskundige behandelingsovereenkomst wordt

203 Zie de tuchtrechtspraak genoemd in par. 6.2. Hoewel de tuchtrechtspraak zelf dit effect niet kan bewerkstelligen (zie daarover nader hfdst. 10: de tuchtrechter kan alleen maatregelen als een berisping opleggen, maar kan niet veroordelen om te contracteren of een bepaalde handeling te verrichten), geeft het tuchtrecht wel de norm van de beroepsgroep weer.

204 Harderwijk 1981, p. 243-248; Moss 1996, p. 1132-1135; Ten Hoopen 2001, p. 176.

205 Ten Hoopen 2001, p. 37-59.

206 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 494, nr. 3, p. 4-5. Laatste stand: *Kamerstukken II* 2002/03, 28 494, nr. 6.

aangemerkt, dan zal er een gemengde overeenkomst koop-geneeskundige behandelingsovereenkomst zijn.²⁰⁷

6.2 Uitzonderingen op contractdwang

6.2.1 Financiële redenen

Het uitgangspunt is dat de apotheker geen medicijnen hoeft af te leveren, indien hij daar niet direct voor wordt betaald. In noodsituaties ligt dat echter anders, zo blijkt uit de tuchtrechtspraak. De apotheker zal moeten proberen met de klant tot een vergelijk te komen, maar zal nooit de klant met lege handen weg mogen sturen indien het gaat om een dringend noodzakelijk medicijn.²⁰⁸

6.2.2 Geen of onbetrouwbaar recept

De apotheker zal weigeren geneesmiddelen die uitsluitend op recept mogen worden verstrekt mee te geven, als de klant geen recept heeft. Alleen in noodgevallen kan de apotheker hiervan afwijken, mits hij zich ervan vergewist dat geen misbruik kan plaatsvinden.²⁰⁹

Indien de apotheker het recept niet vertrouwt, mag hij geen medicijnen afleveren.²¹⁰ Het kan zijn dat hij of zij het recept niet kan lezen, of dat er bijvoorbeeld een dosering wordt voorgeschreven die volgens de apotheker te hoog of te laag is. De apotheker zal dan contact op moeten nemen met de arts. Hij mag niet eigenmachtig iets anders leveren dan is voorgeschreven, ook niet als hij denkt te weten welke vergissing er gemaakt is.²¹¹

6.2.3 Medicijnbewaking

De apotheker kan afgifte van een geneesmiddel weigeren als de klant combinaties van geneesmiddelen gebruikt die niet raadzaam zijn, of indien hij te lang een mogelijk verslavend middel krijgt voorgeschreven. Blijft de voorschrijvend arts echter bij zijn recept, dan is de vraag of de apotheker nog mag weigeren.²¹²

207 In deze zin ook: Ten Hoopen 2001, p. 289.

208 Art. 29 Besluit uitoefening artseneijbereidkunst (BUA); Christiaans-Dingelhoff & Hubben 2000, p. 75-79 en 101.

209 Harderwijk 1981, p. 244-245.

210 Art. 29 BUA.

211 Christiaans-Dingelhoff & Hubben 2000, p. 33-35.

212 Harderwijk 1981, p. 245-246.

6.2.4 Persoonlijke overtuiging

De vraag is of de apotheker afgifte van medicijnen mag weigeren louter op grond van persoonlijke overtuiging. Er is een geval uit de tuchtrechtspraak bekend waarin de apotheker niet verplicht was om een homeopathisch geneesmiddel af te geven.²¹³ Niet duidelijk werd, waarom hij dat niet wilde. Was hij er principieel op tegen, of had hij het niet in voorraad en wilde hij niet bestellen? Harderwijk vindt dat de apotheker een dergelijk geneesmiddel zou moeten bestellen,²¹⁴ maar dat is mijns inziens niet in lijn met de uit tuchtrechtspraak en overige literatuur blijkende opinie, dat alleen bij dringend noodzakelijke medicijnen de apotheker tot afgifte gedwongen kan zijn.

6.3 Ratio contractdwang

De reden van de afleveringsplicht van de apotheker is vergelijkbaar met de hulpverleningsplicht van de arts: de patiënt is afhankelijk van medicijnverstrekking door de apotheker en de apotheker heeft de exclusieve bevoegdheid om die medicijnen te verstrekken. De exclusieve bevoegdheid blijkt uit artikel 2 lid 3 van de Wet op de geneesmiddelenvoorziening dat als volgt luidt:

Aan personen, die niet bevoegd zijn tot de uitoefening van de artsenijsbereidkunst, is het bereiden of het afleveren van geneesmiddelen verboden.

Vanwege de noodzakelijkheid van toegang tot een apotheek in dringende gevallen, werken apothekers met een waarneemregeling, zodat ook buiten openingstijden altijd een apotheker beschikbaar is.

7 CONCLUSIE

De mate waarin de contractvrijheid van de vrije beroepsbeoefenaren door contractdwang wordt beperkt is verschillend al naar gelang het beroep dat wordt uitgeoefend. Ook de vorm verschilt: bij de juridische beroepsbeoefenaren komt met name directe contractdwang voor en eigenlijk geen indirecte contractdwang. Bij de medische beroepsbeoefenaren komt geen directe contractdwang voor en juist alleen maar indirecte contractdwang.

De oorzaak van het verschil in vorm van contractdwang tussen juridische beroepen enerzijds en medische beroepen anderzijds zou kunnen schuilen in het volgende. De juridische beroepen komen deels uit een ambt voort en zijn van oudsher gekenmerkt door regulering. De juristen staan van oorsprong

213 Christiaans-Dingelhoff & Hubben 2000, p. 31-32 en 74.

214 Harderwijk 1981, p. 247.

dichter bij het staatsapparaat dan artsen. Zeker de notaris en de gerechtsdeurwaarder zouden ook ambtenaren hebben kunnen zijn, in overheidsdienst dus en betaald door de overheid. In Duitsland heeft men bijvoorbeeld ook notarissen die in overheidsdienst zijn, althans een salaris van de overheid ontvangen, naast de ondernemer-notaris.²¹⁵ De juridische beroepsbeoefenaren oefenen deels een staatstaak uit, in tegenstelling tot de arts. De gezondheidszorg is niet van oudsher als overheidstaak gezien. Bovendien is het nu nog niet zozeer de arts, de behandelaar, die de belangen van 'de gezondheidszorg' behartigt. De arts behartigt met name het belang van de individuele patiënt. Het functioneren van de gezondheidszorg heeft niet zozeer met de handelingen van de arts te maken, als wel met de beschikbare financiële middelen en de organisatie van de gezondheidszorg.

De ratio van contractdwang bij vrije beroepsbeoefenaren is de volgende. In de eerste plaats is er het monopolie van deze beroepsbeoefenaren. Dit monopolie komt voort uit de exclusieve bevoegdheden die de beroepsbeoefenaar heeft om bepaalde handelingen te verrichten. De exclusieve bevoegdheden worden verleend om de kwaliteit van de dienstverlening in stand te houden en vanwege de vereiste deskundigheid van de beroepsbeoefenaar. Dit geldt zowel voor de juridische als de medische vrije beroepsbeoefenaren.

Ten tweede is sprake van afhankelijkheid van de diensten van de beroepsbeoefenaar. Die afhankelijkheid is groter naarmate het belang van de dienst groter is. Bij de juridische beroepen bestaat de afhankelijkheid omdat men wil dat bepaalde rechtsgevolgen intreden, rechten worden uitgeoefend, bescherming van rechten plaatsvindt, en alleen de notaris, gerechtsdeurwaarder of advocaat bevoegd en dus in staat is om dat te bewerkstelligen. Bij de medische beroepsbeoefenaren bestaat de afhankelijkheid vanwege het belang dat met de gezondheid van de patiënt is gemoeid. Het kan letterlijk om levensbedreigende situaties gaan.

215 Huijgen & Pleysier 2001, p. 10.

6 | Verzekering

1 INLEIDING

Dit hoofdstuk gaat over contractdwang voor private verzekeraars en verzekeringnemers.¹ De publieke verzekeringen, zoals de ziekenfondsverzekering, de AWBZ en de AOW, behandel ik niet. Wel zullen ontwikkelingen in de sociale zekerheid aan de orde komen, voorzover ze invloed hebben op private verzekeringen. Reden voor het niet behandelen van de publieke verzekeringen is dat die verzekeringen niet via een privaatrechtelijke model tot stand komen. Er wordt geen overeenkomst gesloten tussen verzekeringnemer en de uitvoerende instantie. Een sociale verzekering vloeit niet voort uit een overeenkomst tussen twee partijen, maar uit een sociale verzekeringswet. Bij een sociale verzekering van rechtswege heeft de verzekerde niet de vrijheid zich al dan niet te verzekeren. Hij is van rechtswege verzekerd. De wet bepaalt tevens de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde, de verzekeringsaanspraken en de hoogte van de premie. Er is dus wel sprake van verplichte verzekering, maar de uitvoering verloopt niet via het sluiten van verzekeringsovereenkomsten als geregeld in titel 7.17 BW.

Contractdwang voor verzekeraars laat zich vertalen in een acceptatieplicht van de verzekeraar: de verzekeraar mag niet weigeren een verzekeringsovereenkomst te sluiten met de aspirant-verzekerde. Er bestaat ook in enkele gevallen contractdwang aan de zijde van de verzekeringnemer: namelijk daar waar sprake is van een verplichte verzekering, zoals bij de WAM-verzekering.

In de volgende paragraaf worden zowel contractdwang die rust op de verzekeraar als contractdwang die rust op de verzekeringnemer besproken. In paragraaf 3 komen de uitzonderingen op contractdwang aan de orde. Paragraaf 4 gaat over de ratio van de contracteerplichten. In paragraaf 5 komt de vraag aan de orde of in de toekomst meer gevallen van contractdwang te verwachten zijn in de verzekeringssector. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

¹ Dit hoofdstuk bouwt voort op een eerder artikel van mijn hand: 'Contractdwang en verzekering', in: Hartlief & Mendel 2000, p. 287 e.v.

2 CONTRACTDWANG

2.1 Inleiding

In beginsel bestaat geen acceptatieplicht voor de particuliere verzekeraar. Hij is vrij om te kiezen of hij met een aspirant-verzekerde een verzekeringsovereenkomst wil sluiten.² Toch komt in de verzekeringssector zowel directe als indirecte contractdwang voor. Directe contractdwang voor de verzekeraar bestaat maar in één geval, dat van de particuliere ziektekostenverzekering, en dan nog slechts voor bepaalde groepen aspirant-verzekerden. Ook de verzekeringnemer ondervindt soms directe contractdwang, namelijk in die gevallen waarin sprake is van een verplichte verzekering. Indirecte contractdwang ondervindt de verzekeraar bij verschillende typen verzekering.

2.2 Contractdwang verzekeraar

2.2.1 *Directe contractdwang*

Als eerste ga ik in op de acceptatieplicht van particuliere ziektekostenverzekeraars. Bij de Wet op de toegang tot ziekenkostenverzekeringen (Wtz) uit 1998 zijn de vrijwillige ziekenfondsverzekering en bejaardenverzekering afgeschaft.³ Diegenen die van deze verzekeringen gebruik maakten, moesten in het vervolg op de private markt worden verzekerd. Om ervoor te waken dat deze groepen op de private markt inderdaad een ziektekostenverzekering zouden kunnen afsluiten, is bij dezelfde wet een acceptatieplicht ingevoerd.⁴ Op grond van deze wet is de verzekeraar verplicht aan hen die voorheen verzekerd waren op grond van de Ziekenfondswet een standaardpakketpolis aan te bieden.

Artikel 3 van de Wtz 1998 luidt:

1. Een ziektekostenverzekeraar is op een desbetreffende aanvraag verplicht een overeenkomst van standaardverzekering te sluiten met personen die behoren tot de bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen categorieën van personen en die:
 - a. naar de omstandigheden beoordeeld hier te lande woonachtig zijn;
 - b. naar de omstandigheden beoordeeld woonachtig zijn in een andere lidstaat van de Europese Unie, in een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte of in een staat waarmee Nederland een verdrag inzake sociale zekerheid heeft gesloten, indien op hen (...) de Nederlandse wetgeving van toepassing is.

2 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 74.

3 Wet van 1 juli 1998, *Stb.* 1998, 438.

4 Wtz 1998, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 859, nr. 3, p. 4.

2. Bij die maatregel kan worden bepaald onder welke voorwaarden die verplichting geldt. Die voorwaarden kunnen per categorie van personen verschillen. (...)

De AMvB waarop in artikel 3 bedoeld wordt is het Besluit categorieën van verzekerden Wtz 1998.⁵ Het gaat bijvoorbeeld om personen die voorheen krachtens de Ziekenfondswet waren verzekerd, personen ouder dan 65 jaar en studenten. Ook worden voorwaarden gesteld die onder andere betrekking hebben op de vraag of de aspirant-verzekeringnemer voorafgaand aan de aanvraag tegen ziektekosten verzekerd is geweest.

Op grond van de derde Europese schadeverzekeringsrichtlijn⁶ zijn acceptatieplichten voor particuliere verzekeraars in beginsel niet aanvaardbaar. Een uitzondering hierop is mogelijk voor ziektekostenverzekeringen die de door sociale zekerheid verleende dekking geheel of gedeeltelijk vervangt.⁷ Bij toepassing van deze uitzondering dient de overheid er wel voor zorgen dat er sprake is van pooling of dat schadelast voor de verzekeraar wordt verevend.⁸ In de huidige Wtz is hieraan voldaan door een omslagstelsel in te voeren.

Ook de inhoud van de verzekering voor het standaardpakket is in de wet vastgelegd. De Wtz omschrijft in artikel 5 wat het standaardpakket inhoudt. Artikel 7 bepaalt dat bij ministeriële regeling de maximum premie die mag worden gevraagd voor de standaardpakketpolis wordt vastgesteld.

2.2.2 Indirecte contractdwang

2.2.2.1 Discriminatie

Indirecte contractdwang, in de vorm van een acceptatieplicht voor de verzekeraar, kan voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel en de daarmee samenhangende anti-discriminatiebepalingen.⁹ Artikel 1 Gw werkt (in ieder geval) via de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) door in horizontale privaatrechtelijke verhoudingen zoals die tussen verzekeraar en verzekeringnemer.

Het mechanisme van acceptatieplichten ten gevolge van het discriminatieverbod werkt als volgt. De vrijheid van de verzekeraar om zelf te kiezen met wie hij contracteert, wordt beperkt door het verbod op discriminatie.¹⁰ Indien

⁵ Besluit van 16 december 1998, *Stb.* 1998, 699.

⁶ Richtlijn 92/49/EEG, *Pb* EG 1992, L 228/1.

⁷ Overweging 22, 23 en 24 van de richtlijn, alsmede art. 54 van de richtlijn.

⁸ Rapport departementale werkgroep verzekeringsvarianten VWS 2001, p. 16. Zie voor (mogelijke) Europeesrechtelijke consequenties van het nieuw in te voeren zorgstelsel, waaronder ook begrepen acceptatieplichten, nader: Advies ICER 2001.

⁹ Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 74.

¹⁰ Discriminatie, gelijke behandeling en het maken van onderscheid zijn geen eenduidige begrippen. Zie daarover bijvoorbeeld: Holtmaat 2003, p. 1266-1276. Mij gaat het hier om de situatie dat er ongeoorloofd onderscheid wordt gemaakt en dat dit ook in rechte kan worden vastgesteld.

weigering van een aspirant-verzekerde discriminatie oplevert, moet de contract-vrijheid van de verzekeraar wijken en bestaat een acceptatieplicht.

Het verbod om te discrimineren geldt voor iedere aanbieder van producten en diensten, niet slechts voor de verzekeraar. Artikel 7 lid 1 AWGB immers luidt:

1. Onderscheid is verboden bij het aanbieden van goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, alsmede bij het geven van advies of voorlichting over school-of beroepskeuze, indien dit geschiedt:
 - a. in de uitoefening van een beroep of bedrijf;
 - b. door de openbare dienst;
 - c. door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs, of
 - d. door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voorzover het aanbod in het openbaar geschiedt.

Wat het voor verzekeraars gecompliceerd maakt, is dat onderscheid maken noodzakelijk is bij het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf. Het verbod op discriminatie wil dan ook niet zeggen dat de verzekeraar geen risicogroepen mag maken waarbij hij ongelijke gevallen ongelijk behandelt. Zo kan een onderscheid op grond van geslacht door de verzekeraar bij sommige verzekeringen wel geoorloofd zijn, nu vast staat dat vrouwen ouder worden dan mannen. De verzekeraar dient er dus voor te zorgen dat het onderscheid gebaseerd is op aantoonbare risicoverschillen. Hij mag niet ten onrechte onderscheid maken op grond van eigenschappen of kenmerken van personen die in redelijkheid niet relevant zijn voor het bepalen van aanspraken en verplichtingen op een bepaald gebied in het maatschappelijk leven.¹¹

Bovendien dient de verzekeraar zeer voorzichtig te zijn met het maken van onderscheid op grond van 'discriminatiegevoelige' criteria als ras, sekse of geloof. Ter illustratie: woonwagenbewoners en buitenlandse werknemers vormen statistisch gezien als groep een zwaar risico voor de aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen. Verzekeraars die individuen uit deze groepen uitsluiten van verzekering, laden al snel de verdenking van discriminatie op zich, ook al is er een statistisch relevant risico. Verzekeraars zijn er dan ook toe overgaan om deze verzekeringen in een pool te regelen.¹²

Een duidelijk geval van discriminatie was aan de orde in de volgende strafzaak. Azdural, geboren in Turkije, wendde zich tot zijn bank om een autoverzekering af te sluiten. De medewerker van de bank deelde hem mee dat de bank voor hem geen autoverzekering kon afsluiten, 'aangezien bij de bank geen autoverzekeringen worden afgesloten voor buitenlanders'. Als reden zou de medewerker hebben opgegeven dat Turken en Marokkanen ieder jaar

¹¹ Wansink 1990, p. 6.

¹² Wansink 1999, p. 273; Salomons 2000, p. 304-305.

naar het buitenland gaan en dat er daarom geen verzekering voor de auto's kon worden gesloten. De Kantonrechter achtte dit discriminatie in de zin van art. 429quater Sr. Er was sprake van een generalisering waardoor enige individuele beoordeling van het risico door een verzekeringsmaatschappij niet aan de orde kon komen.¹³

Ook de Commissie gelijke behandeling heeft geoordeeld over discriminatoire weigeringen om een verzekering aan te gaan. De oordelen van de Commissie zijn echter niet bindend en derhalve is contractdwang op basis van deze oordelen niet mogelijk.¹⁴ De reden dat ik hier toch uitspraken van de Commissie behandel, is dat ze materieel wel een aanwijzing geven over de grenzen van het acceptatiebeleid van een verzekeraar, ook al zijn zij formeel niet afdwingbaar. De Commissie oordeelt op grond van de AWGB, een wet die ook door de civiele rechter wordt toegepast. Bovendien heeft de Hoge Raad bepaald dat de rechter die afwijkt van een oordeel van de Commissie, deugdelijk zal dienen te motiveren wat de reden van deze afwijking is, dit onder andere gezien de specifieke deskundigheid van de Commissie.¹⁵

Ter illustratie de volgende casus die is behandeld door de Commissie. Twee mannen van Marokkaanse afkomst voeren samen met een derde (de vennoot) een taxibedrijf. Er wordt onder andere met de auto van de vennoot taxi gereden. De vennoot heeft voor deze auto een motorrijtuigenverzekering gesloten. De twee anderen gebruiken voor het taxibedrijf ook elk een eigen auto, waarvoor zij zelf bij de verzekeraar een motorrijtuigenverzekering afgesloten. Voor één van beide mannen was alleen nog een voorlopige dekking afgegeven. Vervolgens wordt de auto van de vennoot uit de garage gestolen. De verzekeraar verdenkt de twee anderen van diefstal. Hij beëindigt daarom de motorrijtuigenverzekering van de één en weigert de ander te accepteren (d.w.z. de voorlopige dekking om te zetten in een definitieve). De twee mannen menen dat sprake is van discriminatie. De Commissie gelijke behandeling is het met hen eens:

'De Commissie stelt op grond van het voorgaande vast dat de wederpartij de verschillende verzekerden niet op gelijke wijze heeft behandeld. De Nederlandse eigenaar van de gestolen auto is uitgebreid gehoord en diens standpunten zoals vervat in het onderzoeksrapport zijn uitgangspunt geweest voor de beoordeling van verzoekers. Zoals hiervoor reeds vermeld zijn daar de nodige kanttekeningen bij te maken. De verzoekers van Marokkaanse afkomst zijn daarentegen in feite niet, althans niet behoorlijk gehoord. Het standpunt dat zulks aan verzoekers te wijten zou zijn is niet overtuigend. Buiten twijfel staat dat alle drie de verzekerden belang hadden bij de voortzetting van hun eigen verzekering met de wederpartij.

13 Ktg. Nijmegen 10 september 1986, *NJ* 1987, 169. Zie over discriminatie bij onder andere autoverzekeringen ook: Pattipawae 1991, p. 274 e.v.

14 Zie hierover nader hfdst. 10.

15 HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698. De uitspraak ging over de voorloper van de Commissie Gelijke Behandeling, met een gelijke positie als de Commissie.

De Commissie is derhalve op grond van bovenstaande feiten van oordeel dat de besluitvorming van de wederpartij niet op deugdelijke gronden is gebaseerd of op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

Nu het besluit van de wederpartij niet gebaseerd is op objectief vastgestelde zakelijke gronden ligt het op de weg van de wederpartij aannemelijk te maken dat onderscheid naar ras geen rol heeft gespeeld bij het besluit de verzekeringsovereenkomsten met verzoekers te beëindigen, dan wel om geen verzekeringsovereenkomst met verzoekers aan te gaan.

De wederpartij is daar niet in geslaagd. Integendeel, de toonzetting van het rapport ten aanzien van verzoekers moet als negatief worden gekwalificeerd. Zij worden stevast als 'jongens' dan wel 'Marokkaanse jongens' aangeduid, terwijl de vermelding van hun afkomst voor de beoordeling van de schade niet relevant is of behoort te zijn. De schade-expert blijft ook in zijn persoonlijke conclusies onderaan het rapport over 'beide jongens' spreken, terwijl de andere personen met neutrale termen worden aangeduid (collega, verzekerde). Het geheel overziende is de Commissie van oordeel dat de wederpartij bij de beëindiging of het niet aangaan van de verzekeringsovereenkomsten jegens verzoekers onderscheid naar ras heeft gemaakt zoals bedoeld in artikel 7 lid 1a AWGB.'

Een andere beslissing van de Commissie over ongeoorloofd onderscheid door de verzekeraar: een zwangere vrouw werd niet geaccepteerd voor deelname aan een collectieve ziektekostenverzekering.¹⁶ In plaats daarvan bood de verzekeraar haar een standaardpakketpolis aan. De verzekeraar bestrijdt dat deelname aan de collectieve verzekering enkel op grond van de zwangerschap geweigerd zou zijn. De vrouw had een verhoogd risico op een ziekenhuisopname ten gevolge van de zwangerschap en dat zou de reden zijn. De Commissie oordeelde dat sprake was van een niet toegelaten direct onderscheid naar geslacht:

'Aangezien zwangerschap geen reden mag zijn voor de weigering van een verzekering, geldt hetzelfde voor de kosten die een specifieke zwangerschap meebrengt en derhalve onlosmakelijk verbonden zijn met die zwangerschap. De wederpartij heeft door verzoekster op voornoemde grond een verzekering onder het collectieve contract te weigeren, direct onderscheid naar geslacht gemaakt. De Commissie baseert zich hierbij mede op de rechtspraak van het HvJEG in de zaak Brown, waarin is bepaald dat zwangerschap een periode is waarin stoornissen en complicaties kunnen optreden die van dien aard zijn dat een vrouw zich aan een strenge medische controle moet onderwerpen (...). Deze stoornissen en complicaties behoren tot de risico's die nauw verbonden zijn met de zwangerschap en zijn derhalve even specifiek als de zwangerschap zelf. Daarbij geldt het uitgangspunt dat deze stoornissen of complicaties bij zwangerschap geen aanleiding mogen zijn voor een nadelige behandeling van de betreffende vrouwen.

De omstandigheid dat de wederpartij verzoekster een verzekering onder de genoemde Standaard Pakketpolis heeft aangeboden, doet aan de ongelijke

16 Commissie gelijke behandeling 23 december 1999, nr. 99-104.

behandeling niet af. Onbetwist is immers dat deze verzekering voor verzoekster tot een hogere premie zou leiden dan onder het collectieve contract het geval zou zijn en dat haar derhalve een ongunstiger behandeling ten deel valt.¹⁷

2.2.2.2 Willekeurige of kennelijk onredelijke weigering

De Raad van Toezicht Verzekeringen (vroeger: Raad van Toezicht op het schadeverzekeringsbedrijf) is tuchtrechter voor de bij het Klachteninstituut Verzekeringen aangesloten verzekeraars en tussenpersonen. Als tuchtrechter toetst de Raad van Toezicht het acceptatiebeleid van verzekeraars marginaal. Hij kijkt of de eer en goede naam van het verzekeringsbedrijf wordt aangetast en als er een standpunt is ingenomen, of dat standpunt verdedigbaar is.

De Raad neemt als uitgangspunt de vrijheid van acceptatiebeleid van de verzekeraar. Echter, kennelijk onredelijk of willekeurig handelen van de verzekeraar levert strijd op met de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf. Een kennelijk onredelijke of willekeurige weigering is derhalve niet te rechtvaardigen met een beroep op de acceptatievrijheid van de verzekeraar. Overigens zal in gevallen waarin sprake is van discriminatie¹⁸ per definitie sprake zijn van een willekeurige of kennelijk onredelijke weigering. Andersom geldt dat niet: er zijn gevallen waarin geen sprake is van discriminatie, maar wel van een willekeurige weigering.¹⁹

Uitspraken van de Raad van Toezicht zijn voor de civiele rechter niet dwingend. In het arrest Kroymans/Sun Alliance heeft de Hoge Raad echter aangegeven dat indien een bepaalde gedraging van een verzekeraar naar het oordeel van de Raad van Toezicht de eer en goede naam van het verzekeringsbedrijf schaadt, het in de rede ligt te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.²⁰

Een uitspraak van de Raad van Toezicht waarin een weigering de (marginale) toets der kritiek niet kon doorstaan gaat over het volgende.²¹ Een verzekeringstussenpersoon vroeg ten behoeve van zichzelf een arbeidsongeschiktheidsverzekering aan bij de verzekeraar. De verzekeraar weigerde die verzekeringsovereenkomst af te sluiten met als reden 'dat hij het gevoel heeft dat de tussenpersoon bij een verschil van mening per se tracht zijn gelijk te krijgen en daartoe de discussie desnoods eindeloos voortzet'. Wat wilde namelijk het

17 De ombudsman is naar aanleiding van deze uitspraak van mening dat, hoewel het acceptatiebeleid aan de verzekeraars is, zij toch zouden moeten nagaan of acceptatie op de maatschappijpolis mogelijk is, zonder te snel te verwijzen naar de standaardpakketpolis. Zeker bij zwangere vrouwen acht hij dit aangewezen. Jaarverslag 2000 Ombudsman Zorgverzekeringen, Stichting Klachteninstituut Verzekeringen, p. 28.

18 Discriminatie niet in de eventuele neutrale betekenis van onderscheid, maar in de zin van *ten onrechte gemaakt onderscheid*.

19 Zie hierover: Wansink 1990, p. 21.

20 HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683, r.o. 3.13. Herhaald in HR 14 mei 2004, RvdW 2004, 74.

21 Uitspraak 2001/37. Te vinden op <www.klachteninstituut.nl>.

geval: de tussenpersoon was in een conflict met de verzekeraar betrokken geweest over verzekeringen van twee cliënten van de tussenpersoon. Uiteindelijk heeft de Ombudsman schadeverzekering in dat conflict moeten bemiddelen.

De Raad is van oordeel dat de houding van de tussenpersoon in het eerdere conflict niet voldoende reden is om nu het aangaan van een verzekeringsovereenkomst te weigeren:

- '1. Een verzekeraar is in beginsel vrij naar eigen inzicht te beoordelen of hij een verzekering als de onderhavige al dan niet of onder beperkende voorwaarde zal aangaan. Hij mag zich daarbij laten leiden door zijn eigen opvatting omtrent de waardering van het risico. Zijn beslissing of hij een verzekering als de onderhavige al dan niet of onder een beperkende voorwaarde zal aangaan behoort tot het bedrijfsbeleid van een verzekeraar, welk beleid in het algemeen, behoudens uitzonderlijke gevallen, niet door de Raad kan worden getoetst. Van zodanig uitzonderlijk geval kan sprake zijn indien de verzekeraar onvoldoende rekening houdt met de belangen van de aspirant-verzekeringnemer. Deze heeft immers belang erbij dat een verzekering niet op willekeurige gronden wordt geweigerd omdat weigering van een verzekering door een verzekeraar doorgaans tot gevolg heeft dat het voor de aspirant-verzekeringnemer moeilijker wordt de verzekering bij een andere verzekeraar onder te brengen. Deze andere verzekeraar zal doorgaans ervan op de hoogte wensen te worden gesteld of een verzekering als verlangd, door een andere verzekeraar is geweigerd.
2. De Raad is van oordeel dat zich hier een uitzonderlijk geval als hiervoor onder 1. bedoeld voordoet. Blijkens het verweerschrift is de afwijzing van klagers aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering in het geheel niet gebaseerd op medische gronden en blijkens verzekeraars brief van 17 augustus 2000 aan klager werd niet beoogd klagers integriteit in twijfel te trekken. Uit de stukken blijkt dat de afwijzing uitsluitend is gebaseerd op de grond dat klager in zijn handelen als assurantietussenpersoon in het belang van twee van zijn cliënten door verzekeraar als te vasthoudend en te lastig werd ervaren. Dit kan de beslissing van verzekeraar om klager niet te accepteren in redelijkheid niet dragen. De bezwaren van verzekeraar tegen het aangaan van een verzekering met klager betreffen niet de omvang van het door hem over te nemen risico. Zij betreffen evenmin het in onbetrouwbaarheid van de verzekerde gelegen risico. In het licht hiervan is de Raad van oordeel dat, in aanmerking genomen de onevenredigheid van het belang van verzekeraar bij het niet aangaan van de door klager verlangde verzekering en dat van klager bij het wel tot stand komen van zodanige verzekering, verzekeraar naar redelijkheid niet tot zijn weigering om de gewenste verzekering aan te gaan heeft kunnen komen. Door te kennen te geven de door klager aangevraagde arbeidsongeschiktheidsverzekering niet te willen sluiten, heeft verzekeraar de goede naam van het verzekeringsbedrijf geschaad. De klacht dient dan ook gegrond te worden verklaard.'

2.3 Contractdwang verzekeringnemer

2.3.1 Inleiding

De contractdwang die een verzekeringnemer soms ondervindt, wordt veroorzaakt doordat bepaalde verzekeringen verplicht zijn gesteld. De bekendste verzekeringsplicht is ongetwijfeld de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor automobilisten, waarover nader de volgende subparagraaf. Er is nog een aantal andere gevallen van verplichte verzekeringen,²² waarvan ik de verzekeringsplicht met betrekking tot medische experimenten bespreek.

2.3.2 WAM

Artikel 2 van de Wet aansprakelijkheid motorrijtuigen (WAM) bepaalt:

1. De bezitter van een motorrijtuig en degene aan wie het kenteken voor een motorrijtuig is opgegeven, zijn verplicht voor het motorrijtuig een verzekering te sluiten en in stand te houden welke aan de bij en krachtens deze wet gestelde bepalingen voldoet, indien dat motorrijtuig op een weg wordt geplaatst of daarmee op een weg wordt gereden, indien buiten een weg met dat motorrijtuig op een terrein aan het verkeer wordt deelgenomen of indien voor dat motorrijtuig een kentekenbewijs is afgegeven. (...)

Contractdwang wordt door velen met deze bepaling geassocieerd, zo is mijn ervaring. Naar mijn mening is dit echter allerm minst het prototype van contractdwang.²³ Hoewel het wel gaat om een contracteerplicht, is het een vorm van contractdwang die afwijkt van de andere gevallen die in dit boek worden besproken.

Het gaat om een verplichting die op de verzekeringnemer wordt gelegd. Deze is verplicht een contract te sluiten met een verzekeringsmaatschappij. Vergelikt men dit bijvoorbeeld met de contractdwang die het openbaar vervoerbedrijf ten opzichte van reizigers ondervindt, dan wordt het volgende verschil zichtbaar. Het vervoerbedrijf mag niet weigeren een contract te sluiten.

22 Zo is een spoorwegonderneming op grond van art. 55 Spoorwegwet verplicht om een verzekering voor de wettelijke aansprakelijkheid te sluiten en bepalen de beroeps- en gedragsregels van advocaten en notarissen dat zij zich verplicht dienen te verzekeren tegen beroepsaansprakelijkheid. Zie over de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de notaris, en de moeilijkheden die er bestonden om de verzekeringsdekking geregeld te krijgen het themanummer van het *WPNR* 2004, nr. 6586.

23 Volgens Klik is dit in het geheel geen contractdwang. Hij baseert dit op de uit het Duitse recht overgenomen definitie dat het moet gaan om de verplichting de door een ander gewenste contractuele relatie aan te gaan, met andere woorden: de verplichting om met de ander op diens verzoek een contract te sluiten. Volgens die definitie is de verzekeringsplicht van de automobilist inderdaad geen contractdwang, maar ik hanteer een andere definitie, zie hfdst. 1. Klik 1992, p. 3.

Het kan zijn contractpartner niet kiezen, maar het heeft ook niet de meer fundamentele keuze of het al dan niet wil contracteren. Sterker nog: het openbaar vervoerbedrijf is op grond van de wettelijke contractdwang verplicht een openbaar aanbod aan de reizigers te doen. Op grond van de concessie dient het tegen bepaalde tarieven en volgens een bepaalde dienstregeling vervoer te verrichten. Deze voorwaarden worden bekend gemaakt en vormen een algemeen aanbod aan het publiek.²⁴

Bij de verzekeringsplicht die de bezitter van een motorrijtuig of de kentekenhouder (hierna gemakshalve – niet geheel zuiver – met ‘de automobilist’ aangeduid) ondervindt, ligt dat anders.

Ten eerste kan hij wel zijn contractspartner kiezen: er zijn verschillende verzekeraars waarbij hij een verzekering kan afsluiten. Ten tweede gaat het niet om het ontbreken van een weigeringsbevoegdheid. De automobilist is niet degene die wordt aangezocht om een contract te sluiten: hij is zelf degene die het initiatief neemt tot het sluiten van een overeenkomst.

Nu wordt in de oudere Duitse literatuur, juist vanwege dit aspect van het zijn van ‘vrager’, wel gezegd dat het er bij contractdwang om gaat wie het initiatief neemt. De terminologie van ‘vrager’ of ‘initiatiefnemer tot het contract’, levert mijns inziens echter verwarring op, omdat deze in het aanbod-aanvaarding model van de totstandkoming van overeenkomsten, geassocieerd wordt met ‘aanbod’.²⁵ Maar diegene die het initiatief neemt tot de contractsluiting, hoeft niet het uiteindelijke aanbod te doen.

De essentie van het onderscheid tussen de contractdwang die de verzekeringnemer ondervindt en de contractdwang die overigens in dit boek wordt besproken is, dat de volgende vraag verschillend wordt beantwoord: indien degene die een contracteerplicht heeft, wordt gevraagd om een contract te sluiten, mag deze dan weigeren? Bij het energiebedrijf, de openbaar vervoerder, de notaris, de arts, is het antwoord in principe: nee, zij mogen niet weigeren. Sommigen van hen (de openbaar vervoerder bijvoorbeeld) zijn zelfs verplicht een aanbod te doen.²⁶ Bij de automobilist die verplicht een WAM-verzekering moet afsluiten is het antwoord: ja, natuurlijk mag hij weigeren als hem een offerte door een verzekeringmaatschappij gedaan wordt.

Dit onderscheid wordt veroorzaakt door de reden van de contracteerplicht. Bij de arts, de notaris, de energieleverancier, is de ratio van de contractdwang steeds dat het goed dat wordt geleverd of de dienst die wordt verricht, beschikbaar moet zijn voor de andere partij. Bij deze verplichte verzekering gaat het echter niet om de beschikbaarheid van de verzekering, het gaat om bescherming van andere verkeersdeelnemers waarvoor de contracterende automobilist zelf moet zorgen. Bij welke verzekeringsmaatschappij hij die verzekering vervolgens afsluit, is aan hemzelf.

24 Zie hierover nader hfdst. 8.

25 Zie hierover nader hfdst. 8.

26 Zie hierover nader hfdst. 8.

Ik ben van mening dat er geen reden is om de verplichting voor de automobilist om te contracteren, niet als contractdwang te bestempelen. Het is een bij formele wet opgelegde contracteerplicht en daarmee een beperking van de vrijheid van de automobilist om te kiezen óf hij een overeenkomst wil aangaan. De keuze van de contractspartner is, anders dan bij de overigens beschreven gevallen van contractdwang, echter niet beperkt.

2.3.3 *Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen*

Een andere verplichte verzekering is de verzekering van proefpersonen in-gevolge de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. Artikel 7 van deze wet luidt:

1. Het wetenschappelijk onderzoek wordt slechts verricht indien op het tijdstip waarop het onderzoek aanvangt, een verzekering is gesloten die de door het onderzoek veroorzaakte schade door dood of letsel van de proefpersoon dekt. De verzekering behoeft niet te dekken de schade waarvan op grond van de aard van het onderzoek zeker of nagenoeg zeker was dat deze zich zou voordoen. (...).

Artikel 8 bepaalt dat de verzekeringsplicht rust op degene die het wetenschappelijk onderzoek verricht, en in de gevallen waarin het onderzoek plaatsvindt in een facilitaire instelling, mede op die instelling.

De verzekeringsplicht wordt voorlopig gehandhaafd,²⁷ ondanks toenemende moeilijkheden om ook daadwerkelijk een verzekering voor dergelijke risico's te kunnen afsluiten. Reden voor handhaving van de verzekeringsplicht is dat volgens de regering de alternatieven, zoals een schadefonds, evenmin soelaas bieden.²⁸ Tegenover de verplichte verzekering staat niet een daarmee corresponderende acceptatieplicht, netzomin als bij de verplichte WAM-verzekering. Voordat werd besloten de verzekeringsplicht te handhaven, is wel intensief met de verzekeraars overlegd om te bezien of dekking mogelijk was.²⁹

Ook voor deze verplichte verzekering geldt, dat hij anders is dan de overige gevallen van contractdwang. Het gaat om de verzekeringsovereenkomst als voorwaarde om een bepaalde activiteit (autorijden, medisch testen) te mogen ontplooien. Het wettelijk opleggen van een verplichte verzekering is alleen

27 Besluit van 23 juni 2003, houdende regels inzake de verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, *Stb.* 2003, 266.

28 Nota van toelichting bij het besluit, *Stb.* 2003, 266, p. 6-7.

29 De regeling is veranderd ten opzichte van het vorige besluit. Zo is het vergoedingsniveau beperkt. Zie hierover nader Engelhard 2004. Zie over de oorspronkelijke regeling nader: Franken 2000, p. 1 en p. 8 en Frenk 2000, p. 13. In beginsel was een termijn van drie jaar verbonden aan het besluit om de verplichte verzekering in te voeren, waarbij de verzekeraars zich verbonden om die verzekering aan te bieden. Bij het nieuwe besluit heeft het Verbond van Verzekeraars echter aangegeven dat onder de voorwaarden van het besluit dekking kon worden verleend, zodat een beperkte werkingsduur, zoals voorheen de 3 jaarstermijn, niet nodig is. Nota van toelichting bij het besluit, *Stb.* 2003, 266, p. 7.

houdbaar als het sluiten van de verzekering ook feitelijk mogelijk is. Er dienen verzekeraars beschikbaar te zijn die tegen redelijke voorwaarden de risico's willen dekken. Zijn die er niet, dan mag mijns inziens een verplichte verzekering niet door de overheid worden opgelegd.

3 UITZONDERINGEN OP CONTRACTDWANG

Daar directe contractdwang voor verzekeraars weinig voorkomt, zijn er ook weinig uitzonderingen op contractdwang bekend. In het enige geval van directe contractdwang voor de verzekeraar, te weten de toegang tot de standaardpakketpolis, ben ik geen uitzonderingen op de acceptatieplicht tegengekomen. Dat betekent niet dat er geen uitzonderingen mogelijk zijn. Zo mag een verzekeraar de overeenkomst met betrekking tot het standaardpakket opzeggen indien de premie niet wordt betaald, mits hij afdoende waarschuwt en een opzegtermijn van dertig dagen in acht neemt.³⁰ Dat impliceert dat ook een weigering om de overeenkomst aan te gaan, wegens een geschiedenis van wanbetaling bij deze verzekeraar, ondanks de acceptatieplicht tot de mogelijkheden behoort. Dit zal echter een zeldzame uitzondering zijn, omdat het dan moet gaan om niet-betaling van premies van de ziektekostenverzekering. Men neemt althans aan dat opschorting van de dekking van de ene verzekering niet is toegestaan wegens een tekortkoming in de premiebetaling van een andere verzekering. Zie hierover nader hoofdstuk 9.

Naast het feit dat een weigering door de verzekeraar denkbaar is, bestaan er ook voorwaarden waaraan een aspirant-verzekeringnemer moet voldoen om in aanmerking te komen voor de standaardpakketpolis. Deze voorwaarden staan met name in het Besluit categorieën van verzekerden Wtz 1998,³¹ zoals in paragraaf 2 al aan de orde kwam. De acceptatiegeschillen die zich afspelen voor de Beroepscommissie Wtz gaan met name over deze voorwaarden voor acceptatie tot de standaardpakketpolis. Ik beschouw dit niet als uitzonderingen op contractdwang, maar als voorwaarden waaronder contractdwang in dit geval bestaat. De directe contractdwang voor de ziektekostenverzekeraar op grond van de Wtz bestaat namelijk alleen ten aanzien van bepaalde groepen verzekeringnemers. Voor alle overige personen geldt dat zij hetzij onder het Ziekenfonds vallen (en dan verplicht verzekerd zijn, waarbij de premie door de werkgever wordt ingehouden) of zich op de particuliere verzekeringsmarkt moeten verzekeren. Dit laatste zal ook voor de aspirant-verzekeringnemer de

30 Bindend advies 21 november 2001, nr. 01032 van de Beroepscommissie Wtz, <www.zn.nl>.

31 Besluit van 16 december 1998, *Stb.* 1998, 699.

voorkeur verdienen, omdat een 'reguliere' polis meestal goedkoper is dan een standaardpakketpolis, al geldt in dit laatste geval een maximumpremie.³²

De verzekeringsplicht van de automobilist ingevolge de WAM kent een uitzondering in zoverre dat alleen een verzekering vereist is indien de auto ook in het verkeer wordt gebruikt. Verder geldt de verzekeringsplicht niet indien er nog een andere WAM-verzekering loopt voor hetzelfde voertuig.³³ Voorts zijn er vrijstellingen van de verzekeringsplicht mogelijk, o.a. voor personen die gemoedsbezwaren hebben tegen het sluiten van een verzekering (hoofdstuk 2 WAM).

Ook de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen kent een uitzondering op de verzekeringsplicht: diensten, instellingen of bedrijven van de rijksoverheid, die door de minister zijn aangewezen, hoeven geen verzekering af te sluiten. De benadeelde heeft jegens hen dezelfde rechten welke hij anders jegens de verzekeraar zou hebben, aldus artikel 7 lid 6 van de wet.

In het geval van indirecte contractdwang bestaan strikt genomen geen uitzonderingen, omdat daar de contractdwang alleen naar de concrete omstandigheden van het geval kan worden bepaald. Doet zich een reden voor om niet te contracteren, dan is dat geen uitzondering maar dient 'gewoon' geconcludeerd worden dat in dat geval geen contractdwang bestaat.

4 RATIO CONTRACTDWANG

4.1 Ratio contractdwang verzekeraar

De achtergrond van de acceptatieplicht zoals die in de Wet toegang ziektenkostenverzekeringen is opgenomen, is de vrees dat de groepen die voorheen op grond van de Ziekenfondswet werden verzekerd, op de private markt niet in staat zouden blijken te zijn een ziektenkostenverzekering af te sluiten.³⁴ Die vrees bestond omdat het bijvoorbeeld ging om bejaarden die bij ziektenkostenverzekeringen een slecht risico vertegenwoordigen. Daarnaast zijn bejaarden over het algemeen (nog) niet de meest kapitaalkrachtigen in de samenleving. Dat laatste geldt bijvoorbeeld ook voor de studenten, eveneens een groep die voorheen in het ziekenfonds zat en nu op de private markt een ziektekostenverzekering moest zien te sluiten. Voor beide groepen gold dat de premies

32 Uit het jaarverslag 2000 van de Ombudsman Zorgverzekeringen: 'Van de jaarlijks door de Ombudsman ontvangen klachten heeft een groot deel (2000:181 stuks) betrekking op de acceptatie voor een maatschappijpolis. (...) Onder omstandigheden is de zorgverzekeraar op grond van de Wtz 1998 gehouden om, bij wijze van alternatief, een verzekering tegen ziektekosten op basis van de standaardpakketpolis te offeren. Deze is in het algemeen duurder en kent een dekking die soms minder ver gaat dan de gevraagde maatschappijpolis.'

33 Resp. art. 2 lid 3 en 2 lid 4 WAM.

34 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 859, nr. 3, p. 4.

te hoog zouden kunnen worden. De kans op het niet krijgen van een betaalbare ziektenkostenverzekering was dus aanwezig.

Die consequentie, namelijk dat er in Nederland groepen zouden zijn die geen ziektenkostenverzekering kunnen bemachtigen, werd en wordt maatschappelijk onaanvaardbaar geacht. De reden daarvoor is dat een ziektenkostenverzekering de toegang vormt tot de gezondheidszorg. Omdat de gezondheidszorg in Nederland geregeld is via ziektenkostenverzekeringen, benadert het recht op toegang tot de verzekering in sterke mate het recht op toegang tot de diensten die zijn opgenomen in het pakket zelf. Het recht op verzekering wordt geëffectueerd door een acceptatieplicht. De afhankelijkheid van de ziektekostenverzekeraar is dusdanig groot, dat men het al dan niet totstandkomen van de verzekering niet aan de markt durft over te laten.

Ook andere verzekeringen kunnen als noodzakelijk worden beschouwd. Dergelijke verzekeringen zijn de verzekering tegen arbeidsongeschiktheid, verzekeringen tegen werkloosheid, invaliditeit en ouderdom en verzekering van uitkeringen aan nabestaanden.³⁵ Deze maken nu grotendeels deel uit van de sociale zekerheid. Voorts bestaat consensus over het feit dat iedere automobilist in beginsel een aansprakelijkheidsverzekering moet kunnen afsluiten, onder andere af te leiden uit het feit dat er een pool bestaat om ook automobilisten met een groot risico te kunnen verzekeren.³⁶ Voor alle overige verzekeringen bestaat minder overeenstemming over 'het recht op verzekering'. De consumentenbond noemt een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren en een inboedelverzekering onmisbaar en ook de Belgische Commissie voor Verzekeringen noemt ze in het rijtje van verzekeringen die voor de meeste consumenten noodzakelijk worden geacht.³⁷ Ook een verzekering tegen inkomensverlies voor mensen die een hypotheek hebben afgesloten, wordt in dit verband wel genoemd.³⁸

Toch bestaan voor bovengenoemde verzekeringen geen acceptatieplichten. Dat komt omdat deze verzekeringen nog in voldoende mate kunnen worden afgesloten. En de verzekeringen waarvoor dat niet geldt, zijn niet allemaal noodzakelijke verzekeringen. Zo kunnen bromfietzers zich vrijwel niet meer bij een reguliere maatschappij verzekeren tegen diefstal en schade aan hun bromfiets. Het risico is te groot door de vele diefstallen en het feit dat er veel schade gereden wordt.³⁹ Hoewel vervelend, is het geen reden om aan contractdwang te denken, omdat het belang van de bromfietsverzekering daarvoor

35 Van der Giessen 1995, p. 166. Verder het SER-advies onverzekerbare risico's 1999 waar de onverzekerbaarheid van met name arbeidsongeschiktheid en nabestaandenuitkeringen centraal staat; Gevers e.a. 1988, p. 185.

36 Zie over deze pool: Wansink 1999, p. 273; Salomons 2000, p. 310.

37 Consumentengids september 2000, p. 17; De Pril & Dhaene 1998, p. 165. Zie ook: Salomons 2000, p. 310; Gregorius 1991, p. 290

38 Van der Giessen 1995, p. 165-166, die dit overigens zelf geen geslaagd voorbeeld acht van een 'onmisbare' verzekering, omdat velen in een huurhuis wonen.

39 Salomons 2000, p. 308.

niet groot genoeg is. Dat ligt anders bij de problemen die beroepsbeoefenaren ondervinden bij het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekeringen op de private markt. Een gevolg daarvan kan zijn dat sommige verrichtingen en diensten niet meer worden uitgevoerd.⁴⁰

Directe contractdwang voor de verzekeraar zou kunnen worden verwacht bij een combinatie van een noodzakelijk geachte verzekering en onverzekerbaarheid, maar doet zich dus alleen voor bij de ziektekostenverzekering. Tot nog toe wordt steeds gekozen voor het oprichten van pools. Dit is een vorm van zelfregulering, die maakt dat een wettelijke acceptatieplicht niet nodig is.

Bij de acceptatieplicht ingevolge de werking van anti-discriminatiebepalingen, spreekt de ratio voor zich. Discriminatie is in strijd met artikel 1 Gw, uitgewerkt in de AWGB, en ook in strijd met EVRM en BuPo alsmede strafwaardig op grond van verscheidene strafrechtelijke bepalingen.⁴¹ Als het weigeren van een aspirant-verzekerde discriminatie oplevert, dan is die weigering niet geoorloofd. Logischerwijze is dan sprake van een verplichting om met de desbetreffende persoon een verzekeringsovereenkomst te sluiten. Anders dan bij de ziektekostenverzekering heeft dit niet met afhankelijkheid van de verzekering te maken (het kan ook om een reisverzekering gaan waarbij wordt gediscrimineerd, bovendien is er vaak nog wel een andere verzekeraar te vinden die niet discrimineert), maar om het gedrag, de discriminatie, als zodanig, dat niet door de beugel kan.

De contractvrijheid van de verzekeraar moet wijken voor het recht van de aspirant-verzekerden om in gelijke gevallen gelijk te worden behandeld. Hierbij moet wel in het oog worden gehouden dat het gelijkheidsbeginsel slechts de contractvrijheid van de verzekeraar kan doorbreken als het acceptatiebeleid van de verzekeraar als zodanig discriminerend is. Onderscheid maken hoort immers bij het sluiten van verzekeringsovereenkomsten.⁴²

In de gevallen dat geen sprake is van discriminatie, maar wel van een willekeurige of kennelijk onredelijke weigering is de achtergrond van de contracteerplicht dat de eer en goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf door de aanvankelijke weigering zijn geschaad. Een verzekeringsmaatschappij dient een afwijzing dan ook schriftelijk te motiveren.⁴³

40 Frenk 2000, p. 13; Devroe 1998, p. 283-284, en p. 313; Salomons 2000, p. 310. Zie specifiek over de problemen bij de beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor notarissen het themanummer WPNR 2004, nr. 6586: tot het niet uitoefenen van de notariële werkzaamheden leiden de problemen vooralsnog niet.

41 Zie hierover meer uitgebreid hfdst. 8.

42 Schoorens 1998, p. 241-242.

43 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 74.

4.2 Ratio contractdwang verzekeringnemer

De ratio van de contractdwang van de automobilist inzake de WAM-verzekering is dat men de risico's die verbonden zijn aan het gemotoriseerd verkeer op de gemotoriseerden wil laten rusten. Slachtoffers van een verkeersongeval dienen hun schade te kunnen verhalen. Omdat het om ernstige letselschade kan gaan, zal de aansprakelijke niet altijd draagkrachtig genoeg zijn om de schade te voldoen. Door een verplichte verzekering voorkomt men dat verkeersslachtoffers hun schade niet kunnen verhalen.⁴⁴

De ratio van de verplichte verzekering die de uitvoerder van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen moet afsluiten is eveneens 'slachtofferbescherming'. Dit type onderzoek is noodzakelijk om de geneeskunde verder te helpen, maar het is niet van gevaren ontbloot. Daarom dient gewaarborgd te worden dat de eventuele schade van de proefpersoon gedekt is.

De ratio van de verplichte verzekering van advocaten en notarissen is ook bescherming van de cliënt tegen de financiële gevolgen van de fouten van de beroepsbeoefenaar, maar ik denk dat ook het aanzien van het beroep meespeelt. Men wil geen faillissementen ten gevolge van claims van cliënten.

4.3 Zelfregulering

Er zouden in Nederland naar mijn inschatting veel meer acceptatieplichten zijn, indien in de verzekeringssector niet veelvuldig gebruik zou worden gemaakt van zelfregulering. Zo zou in beginsel contractdwang voor de verzekeringnemer ook tot acceptatieplichten van de verzekeraar kunnen leiden. In Duitsland⁴⁵ en in Frankrijk⁴⁶ bestaat een acceptatieplicht voor de WAM-verzekeraar, juist omdat de automobilist zich verplicht moet verzekeren. De tegenhanger van de verplichte verzekering van de automobilist is daar dus de acceptatieplicht van de verzekeraar. In Nederland is bij de verplichte verzeke-

44 Dit vormt ook de achtergrond van het Waarborgfonds Motorverkeer dat o.a. uitkeert indien niet kan worden vastgesteld wie de aansprakelijke persoon is, of indien de verzekeringsplicht niet is nagekomen (art. 25 WAM).

45 § 5 Pflichtversicherungsgesetz (PflVG). De verzekeraar kan weigeren de aspirant-verzekerde te accepteren op de volgende gronden: zakelijke of regionale beperkingen (de verzekeraar verzekert alleen in een bepaalde regio, of alleen ambtenaren), de aanvrager was al bij deze verzekeraar verzekerd en de verzekeraar heeft dat contract aangevochten op grond van bedrog of bedreiging, de verzekeraar is teruggetreden omdat er onjuiste informatie is verstrekt voor het aangaan van de verzekering of hij heeft de overeenkomst opgezegd wegens niet betaling van de premie of na het intreden van de schade. De automobilist op zijn beurt is ook verplicht om zich te verzekeren, op basis van § 1 PflVG. Busche spreekt in dit verband van 'doppelten' Kontrahierungszwang. Hij gaat er derhalve van uit dat ook de automobilist contractdwang ondervindt. Busche 1999, p. 576.

46 Ghestin 1993, nr. 161. Verwijst naar Articles L 212-1 à L 212-3 du Code des assurances.

ringen niet gekozen voor een acceptatieplicht van de verzekeraar, maar voor zelfregulering.

Zo hebben de verzekeringsmaatschappijen zelf een pool in het leven geroepen die de grote risico's als verzekerden accepteert, in de vorm van verzekeringsmaatschappij Rialto.⁴⁷ Wanneer een automobilist bij een reguliere verzekeringsmaatschappij geen WAM-verzekering kan afsluiten, wordt hij verwezen naar deze pool. Het probleem dat men zich niet kan verzekeren (onverzekerbareid) is hiermee niet helemaal opgelost, de premies zijn namelijk hoog en de dekking is gering. De pool kent geen acceptatieplicht. Dat betekent dat zeer ernstige risico's toch geweigerd kunnen worden,⁴⁸ maar het gaat dan wel om notoire brokkenmakers. Er bestaat geen recht om met een auto aan het verkeer deel te nemen als men door het eigen gedrag een dusdanig schadeverleden heeft dat men onverzekerbaar wordt.

Bij de verplichte verzekering voor medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen is overleg gevoerd met de verzekeraars over de te verlenen dekking voordat deze verzekering verplicht werd gesteld. Een acceptatieplicht was daar dus evenmin nodig.

Op grond van het bovenstaande zou de gedachte kunnen postvatten dat zelfregulering ook elders een geschikt alternatief is voor contractdwang. Dat is echter niet per definitie het geval. Zo wordt aangenomen dat bij ondernemingen die sterk met elkaar concurreren, zelfregulering niet goed zal functioneren. Er dient een parallel belang te zijn. De verzekeringsmaatschappijen concurreren steeds meer met elkaar, maar als het om het voorkomen van wettelijke acceptatieplichten gaat, hebben zij gelijklopende belangen. Het is echter moeilijk voorstelbaar dat bijvoorbeeld toegangsverplichtingen tot cruciale infrastructuur via zelfregulering zal worden bewerkstelligd.⁴⁹ Zelfregulering kent bovendien het risico dat de beroepsgroep of de sector meer reguleert dan nodig is. Zij kan de onderlinge concurrentie beperken door bijvoorbeeld hoge toelatings-eisen tot het beroep te stellen.⁵⁰

5 NAAR MEER GEVALLEN VAN CONTRACTDWANG?

5.1 Contractdwang als reactie op onverzekerbaarheid

In paragraaf 4 werd gesproken over de ratio van contractdwang in de verzekeringssector. Daarbij bleek dat in het enige geval van directe contractdwang, de verplichte acceptatie op de standaardpakketpolis, de ratio is dat men

47 In een pool werken verschillende verzekeraars samen om risico's die voor een individuele verzekeraar niet te verzekeren zijn, toch te kunnen verzekeren.

48 Wansink 1999, p. 273.

49 Visie op markttoezicht, p. 6; Prosser 1997, p. 270-276

50 Van den Bergh 1993, p. 42.

vreesde dat er personen zouden zijn die zich niet tegen ziektekosten konden verzekeren. Een ziektekostenverzekering wordt in Nederland als een noodzaak beschouwd. In dit geval is er voor gekozen om die noodzakelijke voorziening af te dwingen via een privaatrechtelijke acceptatieplicht voor de verzekeraar.

Het specifieke geval van de ziektenkostenverzekering is een illustratie van het feit dat bij overheveling van diensten van de publieke naar de private sector acceptatieplichten kunnen ontstaan. De acceptatieplicht vervangt de waarborg die voorheen door het sociale zekerheidsstelsel werd geboden en is dan een instrument tegen het niet kunnen afsluiten van een verzekering. De overheid kan dus door middel van het wettelijk opleggen van een acceptatieplicht voorkomen of tegengaan dat bepaalde groepen een van belang geachte verzekering niet kunnen krijgen op de private markt. Het opleggen van een acceptatieplicht is echter niet onomstreden. Het zal ook geen oplossing bieden als risico's technisch onverzekerbaar zijn (hetgeen iets anders is dan dat de risico's geen interessante markt voor verzekeraars vormen).

De reden voor het feit dat risico's uit de sociale zekerheid niet zonder meer op de private markt verzekerd kunnen worden, is dat het gaat om een ander stelsel, met een ander uitgangspunt wat solidariteit betreft. Bij sociale zekerheid is sprake van inkomenssolidariteit: er wordt inkomen, door de overheid, overgeheveld van de meer draagkrachtigen naar de minder draagkrachtigen. Dat is een stelsel van solidariteit dat op de vrije markt nooit bereikt zal worden. Op de private verzekeringsmarkt bestaat slechts solidariteit in die zin, dat risico's worden gespreid tussen individuen die eenzelfde risico vormen. Verzekeringstechnisch is het ook noodzakelijk dat er maar een beperkte mate van solidariteit is.

Het maken van onderscheid is inherent aan het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf. De verzekeringsovereenkomst is een kansovereenkomst en dat betekent dat de verzekeraar de risico's goed moet selecteren. Vergelijkbare risico's moeten in één groep worden geplaatst; de verzekerden in die groep betalen dezelfde premie. Men noemt dat het maken van homogene groepen. Is de verzekeraar niet in staat tot een goede risicoselectie, dan blaast het systeem van verzekeringen zichzelf uiteindelijk op. Eén van de grote gevaren voor verzekeraars is namelijk de zelfselectie van de aspirant-verzekerden. Dat wil zeggen dat degenen die zichzelf als een hoog risico beschouwen, zich eerder zullen verzekeren dan degenen die zichzelf als laag risico inschatten. Als de verzekeraar niet onderscheidt tussen deze goede en slechte risico's, ontstaat een toeloop van slechte risico's. De premies zullen daardoor stijgen met als gevolg dat de goede risico's te veel betalen. Zij zullen uiteindelijk op zoek gaan naar een verzekeraar die lagere premies berekent. Naarmate de markt meer concurreert, is dit mechanisme sterker. Het bedrijf van de verzeke-

raar die de risico's niet goed selecteert, zal op den duur niet levensvatbaar blijken te zijn.⁵¹

De overheid kan niet voor alle moeilijk verzekerbare risico's⁵² acceptatieplichten opleggen, omdat dan het voor de verzekering noodzakelijke selectiemechanisme verdwijnt. Een probleem is overigens ook dat de vraag welke risico's wel en niet verzekerbaar zijn zeker voor buitenstaanders niet zo makkelijk te beantwoorden is. Verzekeringsmaatschappijen hebben wel eens gesteld dat rampschade onverzekerbaar was, terwijl dit niet voor alle schade het geval bleek te zijn.⁵³

5.2 Nieuwe ziektekostenverzekering: acceptatieplichten?

Er wordt al jaren nagedacht over een wijziging van het stelsel van ziektekosten in Nederland. Het kabinet bereidt een wetsvoorstel voor, dat zou moeten leiden tot de invoering van de Zorgverzekeringswet (Zvw).⁵⁴ Per 1 januari 2006 wordt dan een standaardverzekering voor curatieve zorg ingevoerd. Dat is een verzekering die wordt uitgevoerd door private verzekeraars, waarbij deze verzekeraars een acceptatieplicht krijgen opgelegd. Zij dienen alle Nederlandse ingezetenen te accepteren voor een door de overheid vastgesteld basispakket.⁵⁵ Alle burgers zullen zich op de private markt vervoegen, en door middel van de acceptatieplicht beoogt men te waarborgen dat de ziektekostenverzekering ook af te sluiten valt. De verzekeringnemer moet bovendien jaarlijks van verzekeraar kunnen wisselen, zodat er enige marktwerking ontstaat. Zoals steeds op die terreinen waar marktwerking wordt geïntroduceerd, gaat dit gepaard met een versterking of uitbreiding van het toezicht. Zo komt er onder andere een Zorgautoriteit, waarvan het de bedoeling is dat deze in 2008 bij de NMa als 'zorgkamer' wordt ondergebracht.⁵⁶

51 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 74; Wansink & Van Garderen-Groeneveld 1993, p. 13; De Pril & Dhaene 1998, p. 145 en 154-155.

52 Sommige risico's zijn niet te verzekeren, zoals oorlog. Het risico van een terroristische aanslag is inmiddels ook tot onverzekerbaar bestempeld. Er is een herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden opgericht, ook een poolconstructie, om de schade toch deels verzekerbaar te houden. Zie hierover nader Ammerlaan & Van Boom 2003, p. 2330 e.v. Andere risico's zijn in beginsel wel verzekerbaar, maar daar kan onverzekerbaarheid dreigen bij een wijziging van de omstandigheden. Zo wordt wel gesproken van dreigende onverzekerbaarheid van aansprakelijkheden, bijv. beroepsaansprakelijkheden. Zie hierover bijv. Hartlief 2004a en Hartlief 2004b.

53 Faure & Hartlief 2001, p. 151 en 157-160.

54 Wetsvoorstel 29 763. Zie hierover bijv. Den Exter 2005.

55 Brief van de Minister van VWS en de Staatssecretaris van VWS van 12 maart 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 23 619, nr. 21, p. 8-9.

56 Brief van de Minister van VWS en de Staatssecretaris van VWS van 12 maart 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 23 619, nr. 21, p. 11-12.

6 CONCLUSIE

Directe contractdwang in de zin van wettelijke acceptatieplichten van verzekeraars doet zich tot nog toe weinig voor in Nederland. De acceptatieplicht bij de ziektekostenverzekering laat zien dat een acceptatieplicht als instrument kan worden gebruikt om een toegang tot een noodzakelijk geachte verzekering te waarborgen. Bij acceptatieplichten die voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel, speelt niet de toegang tot de verzekering de grootste rol maar meer het verbod op discriminatie dat in het algemeen geldt en niet specifiek betrekking heeft op verzekering. Het tuchtrecht leidt niet tot contractdwang, maar feitelijk wordt op grond van de norm dat een willekeurige of kennelijk onredelijke weigering niet door de beugel kan, wel bewerkstelligd dat de verzekeraar, indien hij op de vingers wordt getikt door de tuchtrechter, de aspirant-verzekeringnemer alsnog accepteert.

Contractdwang voor de aspirant-verzekeringnemers bestaat als sprake is van een verplichte verzekering.

Contractdwang is een vergaande inbreuk op de contractvrijheid en juist die contractvrijheid is voor verzekeringsmaatschappijen van grote betekenis. Dit heeft te maken met de aard van de verzekeringsovereenkomst, die met zich meebrengt dat de verzekeringsmaatschappij de vrijheid moet hebben om de risico's goed te selecteren. Contractdwang is daarom ook voor de toekomst een moeizaam middel voor de overheid om toegang tot verzekeringen te waarborgen. Juist in deze sector waarin contractvrijheid verzekeringstechnisch ook noodzakelijk is, dient men voorzichtig te zijn met het opleggen van acceptatieplichten.⁵⁷

Toch kiest de overheid in het wetsvoorstel Zorgverzekeringswet voor het opleggen van een acceptatieplicht voor alle ziektekostenverzekers als het gaat om het standaardpakket. Zonder acceptatieplicht kan niet worden gegarandeerd dat iedere burger een ziektekostenverzekering tegen een betaalbare premie kan afsluiten. De vraag naar het al dan niet wenselijk zijn van acceptatieplichten kan derhalve niet worden beantwoord, zonder het gehele (nieuwe) stelsel van de ziektekostenverzekering in ogenschouw te nemen. Dat voert hier te ver,⁵⁸ maar wel is dezelfde spanning waarneembaar die eerder aan de orde was in sectoren waarin (directe) contractdwang voorkomt: hoewel het gaat om private ondernemingen, is het belang dat de maatschappij bij het product of de dienst heeft te groot om een volledige vrijheid van handelen te kunnen accepteren.

⁵⁷ Vgl. ook Wansink 2003, p. 48.

⁵⁸ Zie hierover bijv. Den Exter 2005.

7 Mededingingsrecht

1 INLEIDING

Toepassing van het mededingingsrecht kan leiden tot contractdwang. Het gaat dan vooral om de toepassing van het verbod van misbruik van een economische machtspositie, zoals omschreven in artikel 82 EG-Verdrag en artikel 24 Mededingingswet (Mw). Het innemen van een economische machtspositie op zichzelf is uiteraard niet verboden, het misbruik maken daarvan wel. De weigering om een bepaald product of een bepaalde dienst te leveren, en daarmee ook de weigering om de daaraan voorafgaande overeenkomst te sluiten, kan zeer wel misbruik van machtspositie opleveren. In dat geval kan als sanctie een gebod om te leveren worden uitgesproken.

De contractdwang die wordt opgelegd ten gevolge van het feit dat levering-weigering in strijd is met het mededingingsrecht, is indirecte contractdwang. Steeds zal van geval tot geval moeten worden nagegaan of sprake is van gedrag dat misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag danwel artikel 24 Mw oplevert.

In paragraaf 2 wordt ingegaan op de gevallen waarin contractdwang op basis van het mededingingsrecht voorkomt. De rechtspraak over misbruik van machtspositie wordt besproken, voorzover deze betrekking heeft op de weigering diensten te verrichten of goederen te leveren. Hierbij worden zowel uitspraken uit het Europees mededingingsrecht als uit het Nederlands mededingingsrecht behandeld. Uit dit overzicht blijkt dat langzamerhand de casusposities die in Europees verband hebben geleid tot een beschikking van de Commissie danwel tot een rechterlijke uitspraak, nu ook doordringen in het Nederlandse mededingingsrecht. Paragraaf 3 gaat over de ratio van contractdwang op basis van het mededingingsrecht en het hoofdstuk eindigt met een conclusie in paragraaf 4.

2 CONTRACTDWANG

2.1 'Wettelijk' kader

2.1.1 *Inleiding*

De kern van het Europese mededingingsrecht voorzover van belang voor het onderwerp contractdwang, is artikel 82 EG-Verdrag (art. 86 oud). Dit artikel luidt:

Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

- a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden,
- b. het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers,
- c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging,
- d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Het artikel ziet op misbruik van een economische machtspositie. Hoe leidt toepassing van artikel 82 EG-Verdrag nu tot contractdwang? Het mechanisme is als volgt: onder misbruik van een machtspositie vallen ook gevallen van leveringsweigering. Indien wordt vastgesteld dat in een concreet geval de weigering om bepaalde producten of diensten te leveren in strijd is met artikel 82 EG-Verdrag, dan kan daarop een sanctie volgen die inhoudt dat (in het vervolg) moet worden geleverd. Hoe deze sancties precies zijn ingericht, in het nationale en Europese mededingingsrecht, komt in hoofdstuk 10 aan de orde. In dit hoofdstuk gaat het erom in welke gevallen leveringsweigering te kwalificeren is als misbruik van een economische machtspositie.

Voor contractdwang gebaseerd op het Nederlands mededingingsrecht is met name artikel 24 lid 1 Mw van belang dat luidt:

Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.

Artikel 1 sub i Mw definieert de economische machtspositie:

economische machtspositie: positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen

De bedoeling is aan te sluiten bij artikel 82 EG-Verdrag. Artikel 24 Mw heeft betrekking op de Nederlandse markt of een deel daarvan, artikel 82 EG-Verdrag heeft betrekking op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan. Artikel 82 EG-Verdrag werkt rechtstreeks en wordt dus ook door de Nederlandse rechter toegepast, naast artikel 24 Mw.

Nog een enkel woord over artikel 81 EG-Verdrag: in het algemeen zal dit niet van toepassing zijn in het geval van leveringsweigering. Het artikel ziet namelijk op kartelvorming, met andere woorden op afspraken van ondernemingen onderling of op onderling afgestemde gedragingen. Een eenzijdige leveringsweigering kan daarom alleen onder artikel 82 EG-Verdrag, het verbod van misbruik van machtspositie, vallen. Slechts in een enkel geval vindt leveringsweigering plaats als uitvloeisel van kartelafspraken.¹

2.1.2 De relevante markt

Bij de bepaling van de relevante markt worden twee groepen markten onderscheiden: de product- of dienstenmarkt en de geografische markt.²

De Commissie heeft een mededeling uitgebracht waarin staat hoe de relevante markt bepaald moet worden.³ Daarin wordt gesteld dat gekeken moet worden naar de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. De relevante productmarkt wordt als volgt gedefinieerd: 'Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd'.

De Commissie definieert de relevante geografische markt in haar voornoemde bekendmaking als volgt: 'De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en

1 Zie hierover: Bos 2000, p. 55-56. Zie voor een dergelijk geval: HvJ EG 17 september 1985, gevoegde zaken 25 en 26/84, *Jur.* 1985, p. 2725 (Ford-Werke en Ford of Europe Inc./Commissie); HvJ EG 6 januari 2004, gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/01 P, *Jur.* 2004, p. 0 (Bayer Adalat); Pres. Rb. Utrecht 27 oktober 1998, besproken door Leeftang 2000, p. 55-56 (Weddingland/Bruid & Bruidegom).

2 Zie over de productmarkt en de geografische markt nader handboeken als: Whish 2003, p. 27-48; Faull & Nikpay 1999, p. 43-60.

3 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*PbEG* 1997, C 372/5).

het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.'

Voor afbakening van deze geografisch relevante markt is in de eerste plaats van belang het gebied waarbinnen de verkoper opereert. Ten tweede moet worden gekeken naar het gebied waar de afnemers zich bevinden, althans waar zij makkelijk toegang hebben. Men kijkt dan naar de vestigingsplaats van de verkoper, naar transportkosten en voorts naar douanerechten en andere regelingen die als 'geografische hinderpalen' kunnen worden beschouwd.⁴

2.1.3 De machtspositie

Een machtspositie wil zeggen dat een onderneming in staat is haar gedrag te bepalen zonder rekening te houden met concurrenten, afnemers of leveranciers.⁵ Door een dergelijke positie kan immers de mededinging worden verminderd. Niet noodzakelijk is dat de mededinging volledig wordt uitgeschaakeld. Een machtspositie is niet hetzelfde als een monopolie of een oligopolie, wel vormt het bestaan van een monopolie of oligopolie één van de factoren die bepalen of er sprake is van een machtspositie. In het algemeen kan men zeggen dat ondernemingen die op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt over een wettelijk monopolie beschikken een machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag hebben.

Zeer aanzienlijke marktaandelen zijn ook een belangrijke factor bij de bepaling van de machtspositie, ofschoon het marktaandeel alleen niet beslissend is. Marktaandelen van 50% en meer leveren vrijwel steeds het bewijs van een machtspositie op.⁶ Het Europese Hof van Justitie heeft namelijk in de zaak AKZO tegen de Commissie bepaald dat bij een marktaandeel van 50%, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, aangenomen wordt dat een onderneming met een dergelijke marktpositie dominant is.⁷ Het is aan de betreffende onderneming om aan te tonen dat zij geen machtspositie inneemt.

Als het marktaandeel minder dan 50% is, dan wordt de sterkte van de concurrentie van belang. Daarbij spelen de marktaandelen van de concurrenten, in verhouding tot het marktaandeel van de onderneming waarvan wordt onderzocht of deze misbruik van machtspositie heeft gemaakt, een rol. Hoe kleiner de marktaandelen van de concurrentie, hoe eerder de Commissie zal concluderen dat degene met het grootste marktaandeel dominant is.⁸ Tevens

4 Van Gerven e.a. 1997, p. 464-465.

5 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (Hoffman-La Roche).

6 Whish 2003, p. 180-181; In Bellamy & Child worden percentages vanaf 40% relevant geacht om een machtspositie vast te tellen, p. 706-707.

7 HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Jur.* 1991, p. I-3359 (AKZO/Commissie), overweging onder punt 60, onder verwijzing naar Hoffman-La Roche.

8 Whish 2003, p. 182.

is van belang of er toetredingsdrempels zijn. Indien zich binnen korte tijd een geduchte concurrent op de markt kan manifesteren, als derhalve de zogeheten potentiële concurrentie groot is, dan ligt het aannemen van een machtspositie niet voor de hand.⁹ Toetredingsdrempels kunnen verschillende verschijningsvormen hebben. Het kan gaan om juridische barrières, maar ook om de technologische voorsprong van de onderneming, het bezit van een goed distributiesysteem, of de uitgebreidheid van het assortiment op de relevante productmarkt.¹⁰

Er kan ook sprake zijn van een collectieve economische machtspositie. Dit wil zeggen dat een machtspositie kan worden ingenomen door twee of meer economische entiteiten, die juridisch onafhankelijk van elkaar zijn, mits zij economisch gezien gezamenlijk optreden of gezamenlijk handelen op een specifieke markt, als een collectieve eenheid.¹¹ Om vast te stellen dat er sprake is van een collectieve eenheid moeten de economische banden of correlaties tussen de betrokken ondernemingen worden onderzocht. Met name dient te worden nagegaan, of tussen de betrokken ondernemingen economische banden bestaan die hen in staat stellen gezamenlijk op te treden, onafhankelijk van hun concurrenten, hun afnemers en de consumenten.¹²

2.1.4 Het misbruik

Indien is vastgesteld dat sprake is van een economische machtspositie, dient vervolgens te worden bekeken of deze positie wordt misbruikt. Leveringsweigering kan vallen onder de omschrijving van artikel 82 sub b EG-Verdrag: het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers, of onder de omschrijving van artikel 82 sub c EG-Verdrag: het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging. Het toepassen van ongelijke voorwaarden zou kunnen bestaan in het aan de één wel leveren en aan de ander niet.¹³ Het is overigens niet noodzakelijk om de leveringsweigering onder te kunnen brengen bij sub b of sub c van artikel 82 EG-Verdrag. In het artikel staat: 'Dit misbruik kan *met name* bestaan uit...' en dan volgen sub a tot en met d. Het Hof van Justitie heeft in de zaak Continental Can aangegeven dat het niet gaat om een limitatieve

9 Whish 2003, p. 183.

10 Zie meer uitgebreid: Whish 2003, p. 183-188.

11 HvJ EG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395/96 P en C 396-96 P, *Jur.* 2000, p. I-1365 (Compagnie maritime belge transports SA/Commissie), overweging 36.

12 HvJ EG in Compagnie maritime belge transports SA/Commissie, zie vorige noot, overwegingen 41 en 42. In het navolgende wordt niet verder ingegaan op de collectieve machtspositie. Zie voor misbruik van de collectieve machtspositie (en daarmee schending van art. 82 EG-Verdrag) bijvoorbeeld nader Whish 2003, p. 520-529; Bellamy & Child 2001, p. 713-716.

13 Boselie 1998, p. 442.

opsomming, maar om een indicatie van waaruit misbruikmakend gedrag kan bestaan.¹⁴

Het is niet nodig om aan te tonen dat het misbruik plaatsvond als resultaat van het bestaan van een economische machtspositie en van de uitoefening van die macht door de onderneming met de dominante machtspositie.¹⁵ Een causaal verband tussen machtspositie en misbruik is niet vereist voor toepassing van artikel 82 EG-Verdrag. Het misbruik hoeft dus niet per se te bestaan in een gedraging waarbij het gebruik van de machtspositie noodzakelijk is,¹⁶ al moet wel worden aangetoond dat de machtspositie bestaat.

Normaal gesproken zijn de relevante markt en de markt waar het misbruik plaats vindt dezelfde. Dat hoeft echter niet per se het geval te zijn.¹⁷ Zo kan een machtspositie bestaan op de ene markt terwijl een leveringsweigering, en daarmee het misbruik, betrekking heeft op een andere markt.

2.2 Jurisprudentie over leveringsweigering

2.2.1 Inleiding

Voor het mededingingsrecht is de Europese jurisprudentie belangrijker dan de Nederlandse uitspraken. In het navolgende zal dan ook met name communautaire jurisprudentie worden behandeld. Het voert te ver om alle beschikkingen en uitspraken met betrekking tot leveringsweigering¹⁸ of weigering van toegang tot faciliteiten te behandelen, daarom zijn enkele illustratieve zaken uitgekozen.¹⁹

Uitgebreide bespreking verdient het weigeren van de levering van bepaalde diensten indien het gaat om zogeheten essential facilities. Dit zijn – heel kort gesteld – diensten die onontbeerlijk zijn voor andere aanbieders en die zij niet zelf kunnen creëren. Zie hierover nader paragraaf 2.2.3 van dit hoofdstuk.

Het is, zoals ook in eerder besproken gevallen van contractdwang reeds aan de orde kwam, mogelijk dat de betrokken onderneming een valide reden heeft om levering te weigeren. In dat geval zal normaliter geen contractdwang worden opgelegd. Daar dit hoofdstuk gaat over indirecte contractdwang,

14 HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72, *Jur.* 1973, p. 215, punt 26 (Continental Can).

15 Bellamy & Child 2001, p. 719.

16 Whish 2003, p. 197-198.

17 Bellamy & Child 2001, p. 697. Zie voor meerdere voorbeelden: Whish 2003, p. 200-202.

18 Dat leveringsweigering in vrijwel alle gevallen neerkomt op de weigering om te contracteren, wordt betoogd in hfdst. 8.

19 Zie voor goede overzichten Whish 2003, p. 663-678; Bellamy & Child, p. 734-743; Faull & Nikpay 1999, p. 151-165; Temple Lang 1994. Nederlandse beschikkingen zijn te vinden op <www.opta.nl> en <www.nma-org.nl>. Ook verschijnen er jurisprudentie-overzichten zoals bijvoorbeeld: Leeftang 2000.

vormen de gegrond bevonden redenen om levering te weigeren strikt genomen geen uitzonderingen op contractdwang, maar maken zij onderdeel uit van de beslissing of contractdwang in de gegeven omstandigheden wordt opgelegd.

Als valide reden om te weigeren geldt in de eerste plaats de objectieve rechtvaardiging. Ten tweede toetst men aan de proportionaliteit.²⁰ Met name het criterium van de objectieve rechtvaardiging is duidelijk terug te vinden in de hierna te bespreken jurisprudentie.²¹ Vertaald naar meer concrete omstandigheden kunnen gegronde redenen om levering te weigeren zijn dat er sprake is van een tekort aan voorraden of een tekort aan capaciteit²² (dit laatste is ook in de gereguleerde sectoren als energie, post, telecom en vervoer een aanvaarde reden om (toegang tot) diensten of producten te weigeren), dat de productie is verstoord, of dat de klant erom bekend staat zijn rekeningen niet te betalen²³ (dit laatste was ook onder omstandigheden een weigeringsgrond voor de vrije beroepsbeoefenaren en zal nader aan de orde komen in hoofdstuk 9).

2.2.2 Misbruik van machtspositie door leveringsweigering

2.2.2.1 Algemeen

De belangrijkste overweging om misbruik van machtspositie in het geval van leveringsweigering aan te nemen, is indien door de weigering een concurrent wordt uitgeschakeld. Een geval waarin zich dit voordeed, was de Commercial Solvents zaak.²⁴

Commercial Solvents houdt zich bezig met de fabricage en verkoop van onder andere de stof aminobutanol. Aminobutanol is een tussenproduct dat nodig is voor de vervaardiging van ethambutol, een geneesmiddel voor tuberculose. Istituto Chemioterapico Italiano is een dochtermaatschappij van Commercial Solvents en fungeert als wederverkoper op de Europese markt van het door Commercial Solvents in de VS geproduceerde aminobutanol. Istituto leverde van 1966 tot 1970 aminobutanol aan Zoja, die dit gebruikt als grondstof voor de fabricage van ethambutol. Vanaf november 1970 weigert Istituto nog langer te leveren aan Zoja. De reden daarvan is dat CS alleen nog maar aan dochtermaatschappij Istituto wil leveren en dan ook alleen nog maar

20 Whish 2003, p. 207.

21 Zie bijvoorbeeld punt 41 uit het arrest Bronner, HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 of het dictum van het arrest IMS Health, HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, *Jur.* 2004, p. 0.

22 Zie bijvoorbeeld tijdens de oliecrisis in de jaren 1970, hoewel dat niet om een directe leveringsweigering ging: HvJ EG 29 juni 1978, zaak 77/77, *Jur.* 1978, p. 1513 (BP/Commissie). Het was geen misbruik van machtspositie dat in de periode dat er ten gevolge van de oliecrisis tekorten waren aan olie, BP ervoor koos om aan de vaste klanten een ander (hoger) kortingspercentage te berekenen dan aan de meer sporadische klanten.

23 Whish 2003, p. 663.

24 HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223 (Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie).

wat deze nodig heeft voor de eigen productie, omdat CS zelf wil overgaan tot de productie van eindproducten.

Het Hof van Justitie overweegt:

‘25. dat een onderneming – in het bezit van een machtspositie voor de productie van de grondstoffen en uit dien hoofde in staat de bevoorrading van de producenten van afgeleide producten te controleren – zich op grond van haar besluit zelf die derivaten te gaan produceren, waardoor zij de concurrentie zou worden van haar vroegere afnemers, evenwel niet zodanig mag gaan gedragen, dat zij de mededinging dier voormalige afnemers – en in casu een van de voornaamste ethambutolproducenten binnen de gemeenschappelijke markt – kan uitschakelen;

Dat, waar zodanig gedrag in strijd is met de doelstellingen van artikel 3, sub f, van het verdrag, nader uitgewerkt in de artikelen 85 en 86, bijgevolg de bezitter van een machtspositie op de grondstoffenmarkt, die – teneinde die grondstoffen voor zijn eigen productie van derivaten te reserveren – de levering ervan weigert aan een afnemer welke zelf producent van die derivaten is, met de kans elke concurrentie vanwege die afnemer uit te schakelen, misbruik maakt van zijn machtspositie in de zin van artikel 86.’

Dit uitschakelen van de concurrentie kan op verschillende manieren plaatsvinden: zo kan de leverantie aan vaste klanten opeens gestaakt worden of kan worden geweigerd om grondstoffen of vervangingsonderdelen te leveren. In de volgende paragrafen komt een aantal van deze subcategorieën aan de orde. Ook de werking van intellectuele eigendomsrechten komt aan de orde. De onderneming die een intellectueel eigendomsrecht ‘heeft’, is vaak exclusief bevoegd met betrekking tot producten of diensten die onder de bescherming van het intellectuele eigendomsrecht vallen. Desalniettemin kan misbruik van machtspositie optreden, met name wanneer de (potentiële) concurrentie wordt uitgeschakeld.

2.2.2.2 *Staken van leveranties aan vaste klanten*

Het abrupt stopzetten van leveranties aan een vaste klant door een onderneming met een machtspositie levert in het algemeen misbruik op.²⁵ Dit kwam aan de orde in onder meer de zaken *United Brands* en *British Sugar*, die hier worden besproken.

United Brands

In het *United Brands*-arrest komen verschillende aspecten van de toetsing aan artikel 82 EG-Verdrag aan de orde.²⁶ In het kader van deze paragraaf beperk ik mij tot het onderdeel van de uitspraak over de weigering van *United Brands* (de ‘producent’ en leverancier van Chiquita bananen) om nog langer bananen te leveren aan Olesen. De reden voor de staking van de levering is dat Olesen

²⁵ Bellamy & Child 2001, p. 734-735.

²⁶ HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*).

mee heeft gedaan aan een reclamecampagne voor bananen van Dole, de concurrent. Ook voert United Brands aan dat Olesen minder aandacht aan de rijping van Chiquita bananen is gaan besteden en ook steeds minder Chiquita bananen bestelt. Het Hof van Justitie stelt voorop dat

‘182 (...) een onderneming met een machtspositie bij de verhandeling van een bepaald produkt – dat de reputatie van een bekend en door de consument gewaardeerd merk geniet – haar leveranties aan een vaste klant die de normale handelsgebruiken respecteert, niet mag staken wanneer de door die klant geplaatste bestellingen geenszins van ongewone omvang zijn.’

Een dergelijke handelswijze zou in strijd zijn met het Verdrag, daar

‘183 (...) een verkoopweigering het aantal afzetkanalen ten nadele van de consumenten beperkt en een discriminatie oplevert die uiteindelijk kan leiden tot de eliminatie van een handelspartner van de betrokken markt.’

Het Hof acht het meewerken aan de reclamecampagne van de concurrent niet in strijd met loyale handelsgebruiken en vindt dat United Brands ook verder geen rechtvaardiging heeft aangevoerd voor de weigering. Een verkoopweigering gaat in ieder geval te ver om als redelijke sanctie ten opzichte van het aan Olesen verweten gedrag te gelden, aldus het Hof. Met name is de sanctie van United Brands afschrikwekkend voor andere afnemers, waardoor United Brands haar machtspositie zou verstevigen.²⁷

British Sugar

British Sugar heeft een machtspositie op de relevante markt, de markt voor kristalsuiker in Groot-Brittannië, aldus de Commissie. British Sugar weigert suiker te leveren aan haar afnemer Napier Brown. Napier Brown had 30 000 ton nodig en British Sugar wil slechts 7 148 ton leveren of 30 000 ton met een grotere korrel dan normaal, maar tegen een zo hoge prijs dat dat voor Napier Brown niet interessant is. British Sugar beweert dat zij minder dan gevraagd kan leveren, omdat zij noodgedwongen een quotaregeling heeft ingevoerd, daar zij verwachtte niet aan de gehele vraag in dat jaar te kunnen voldoen.

De Commissie maakt met die rechtvaardiging echter korte metten: de quotaregeling was niet noodzakelijk en werd slechts aangevoerd om de leveringsweigering te rechtvaardigen. British Sugar weigert aan Napier Brown te leveren met het oogmerk deze laatste als producent van kleinhandelsuiker uit te schakelen. De Commissie oordeelt, met een verwijzing naar Commercial Solvents, dat British Sugar misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie.²⁸

²⁷ Punten 191 en 192 van het arrest.

²⁸ Beschikking nr. 88/518/EEG (*PbEG* 1988, L 284/41) (British Sugar).

Overigens kan ook het weigeren om aan nieuwe klanten te leveren misbruik opleveren, maar dit zal eerder te rechtvaardigen zijn dan een abrupte staking van leveranties aan bestaande klanten door een onderneming met machtspositie.²⁹ Zo wordt ook wel aangenomen dat in geval van tekort aan voorraden of capaciteit het geoorloofd is om vaste klanten voorrang te verlenen.

2.2.2.3 *Weigering onderdelen te leveren*

Weigeren om vervangingsonderdelen van de eigen producten te leveren, kan misbruik opleveren, met name als daardoor een afgeleide markt (zoals die van onderhoud en reparaties) aan de producent zelf wordt voorbehouden.

Hugin

In het arrest Hugin was aan de orde de weigering om onderdelen voor kasregisters te leveren en de vraag of dat misbruik van machtspositie oplevert.³⁰ Hugin is leverancier van kasregisters en weigert om vervangingsonderdelen voor Hugin-kasregisters te leveren aan Liptons. Bovendien verbiedt Hugin haar dochtermaatschappijen en dealers binnen de gemeenschappelijke markt om deze vervangingsonderdelen buiten haar distributienetwerk te verkopen. Liptons is een onafhankelijk reparatie- en onderhoudsbedrijf van kasregisters en heeft daarom onderdelen van Hugin nodig. Deze onderdelen kunnen niet door onderdelen van andere merken worden vervangen.

De Commissie oordeelt dat er sprake is van een inbreuk op artikel 86 (oud) EG-Verdrag. Volgens haar heeft Hugin een machtspositie op de relevante markt, die zij omschrijft als de markt van vervangingsonderdelen (en dus niet die van kasregisters zelf, waarop Hugin zeker geen machtspositie heeft). Die machtspositie is er, aldus de Commissie, omdat er geen alternatief is voor Hugin onderdelen. Het Hof is het met deze marktbevestiging eens.³¹ Volgens de Commissie maakt Hugin misbruik van de machtspositie op deze markt, omdat de weigering verhindert dat gebruikers van de Hugin kasregisters zelf een onderhoudsbedrijf kunnen uitkiezen. Daarmee wordt iedere concurrentie op het gebied van service, onderhoud, reparatie en revisie van kasregisters uitgeschakeld. Hugin is van mening dat de weigering geoorloofd is, omdat zij de reparatie in eigen hand wil houden om de kwaliteit te kunnen waarborgen. Aan dit verweer komt het Hof van Justitie niet toe: het vernietigt de beschikking van de Commissie, omdat de handel tussen Lidstaten niet ongunstig is beïnvloed.

Teclion/Kone Starlift

Het afschermen van een afgeleide markt voor onderhoud en reparaties werd zojuist in Europees verband besproken in het arrest Hugin. Ook voor de

29 Faull & Nikpay 1999, p. 152.

30 HvJ EG 31 mei 1979, zaak 22/78, *Jur.* 1979, p. 1869 (Hugin).

31 Punt 8 van het arrest.

Nederlandse rechter is die afscherming van een afgeleide markt aangevoerd, in het Kone Starlift arrest.³²

Kone Starlift is onderdeel van een internationaal concern. Kone verkoopt en installeert liften in Nederland en houdt zich ook bezig met het onderhoud van bestaande liften. Teclion is een bedrijf dat zich richt op het onderhoud van liften. Teclion vraagt in verband met de reparatie van een aantal Kone Starliften, die voorheen bij Kone in onderhoud waren, om opgave van levertijden, prijzen en overige leveringsvoorwaarden van reserveonderdelen en ook toezending van documentatie (een manual). Kone Nederland weigert dit. Kone Finland weigert ook, omdat zij alleen onderdelen levert aan klanten die ook de lift hebben gekocht. De vestiging in België verschaft de gevraagde informatie, maar niet de manual, omdat die bestemd is voor exclusief intern gebruik.

Teclion vordert opgave van de verzochte gegevens en toezending van de documentatie. Teclion is van mening dat Kone misbruik van haar machtspositie maakt op de markt voor onderhoud van liften door te weigeren een en ander aan te leveren. Dat effect zou worden versterkt doordat Kone ook een machtspositie zou hebben op de markt voor nieuwbouw en verkoop van liften. Kone zou wel aan andere onderhoudsbedrijven onderdelen leveren, alsmede de manuals waarin een gebruiksaanwijzing is opgenomen die noodzakelijk is om de lift te kunnen testen.

Volgens de president dient uit te worden gegaan van de contractvrijheid van partijen. Dit is slechts anders als Kone misbruik maakt van haar machtspositie. De president oordeelt dat geen sprake is van een machtspositie. Vervolgens gaat hij in op het misbruik, voor het geval in de bodemprocedure geoordeeld zou worden dat er wel een machtspositie bestaat. Het feit dat Kone België de gevraagde prijzen en levertijden had opgegeven en ook bereid was de onderdelen te leveren, wijst er niet op dat Kone misbruik maakte van een machtspositie (zo die al zou bestaan), aldus de president. Kone België wilde weliswaar de manuals niet verstrekken, maar beweert dat deze niet essentieel zijn voor het onderhoud. De president oordeelt dat in het kader van een kort geding procedure niet kan worden vastgesteld of deze manuals al dan niet essentieel zijn voor het onderhoud van de liften.

2.2.2.4 *Intellectuele eigendomsrechten*

Een intellectueel eigendomsrecht verschaft aan de rechthebbende een monopolie. Het bezit van een intellectueel eigendomsrecht kan een belangrijke rol spelen bij de bepaling of een onderneming een machtspositie bezit, maar deze machtspositie bestaat niet per definitie.³³ Indien wel een machtspositie bestaat, levert het uitoefenen van het intellectueel eigendomsrecht niet per se misbruik

32 Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 mei 1999 (Teclion/Kone Starlift), te kennen uit: Leeftang 2000, p. 143-145.

33 Bellamy & Child 2001, p. 710-711.

van die machtspositie op.³⁴ Het doel van het intellectueel eigendomsrecht is de houder ervan een monopoliepositie te verschaffen. Een inbreuk op de vrije mededinging door uitoefening van deze rechten is daarom toegestaan, echter alleen voorzover dit nodig is om de rechten die het specifieke voorwerp van het intellectueel eigendomsrecht vormen te waarborgen.³⁵ Indien de inbreuk op de vrije mededinging verder gaat dan nodig is, kan misbruik van een machtspositie wel degelijk aan de orde zijn, zoals in het hier besproken Magill arrest.

Magill

De reden dat in de Magill-zaak³⁶ sprake was van misbruik, was met name dat de introductie van een nieuw product op de markt werd geblokkeerd, waarmee tevens de huidige aanbieders de markt voor zichzelf hielden.

ITP, BBC en RTE zijn Britse televisieomroepen die beschikken over de feitelijke informatie over de televisieprogramma's die door verschillende omroepen worden uitgezonden. Zij hebben hierop ook een auteursrecht. Zij brengen ieder hun eigen tv-gids uit, met daarin uitsluitend hun eigen programma's. Voor de televisiekijkers in Ierland bestaat echter geen wekelijks overzicht van alle televisieprogramma's op alle zenders die daar te ontvangen zijn. Magill wil een dergelijke programmaoverzicht op de markt brengen, maar is daartoe niet in staat omdat ITP, BBC en RTE de gegevens niet willen verstrekken.

Het Hof van Justitie bepaalt dat in uitzonderlijke omstandigheden de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht misbruik kan opleveren. Dit is in deze casus het geval, nu de omroepmaatschappijen hun auteursrecht gebruiken om een andere onderneming te beletten een tv-gids uit te geven. Ten eerste belet dit gedrag de introductie van een nieuw product, dat de omroepmaatschappijen zelf niet aanbieden en waarnaar wel (potentiële) vraag bestaat bij de consument. Bovendien behouden de omroepen zich de afgeleide markt van tv-gidsen voor. Door aan iedereen de gegevens die nodig zijn om een tv-gids te kunnen maken te onthouden, sluiten zij elke mededinging op die markt uit.

In twee eerdere zaken die met intellectuele eigendomsrechten te maken hadden werd reeds bepaald dat de uitoefening van het exclusieve recht op zichzelf geen misbruik van machtspositie kan opleveren, tenzij er sprake is van gedragingen die misbruik opleveren. Het ging om de bevoegdheid om licenties te verlenen tot het invoeren van onderdelen van auto's en om het bezit van modelrechten op onderdelen van auto's. Als voorbeelden van dergelijk misbruik makend gedrag worden genoemd: de willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, de

³⁴ Bellamy & Child 2001, p. 743-744.

³⁵ Van Gerven e.a. 1997, p. 510.

³⁶ HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91P en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE).

vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen of de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald model meer te vervaardigen, terwijl er nog veel auto's van dat model in omloop zijn. Dergelijke gedragingen werden echter niet vastgesteld, zodat er geen inbreuk werd gemaakt op artikel 86 (oud) EG-Verdrag.³⁷

2.2.3 *De essential facilities doctrine*

2.2.3.1 *Inleiding*

Een belangrijke reden dat een onderneming in bepaalde gevallen niet mag weigeren bepaalde diensten te verlenen, is dat sprake is van een zogenaamde essential facility.

Een algemeen aanvaarde definitie van essential facilities bestaat niet, omdat één van de discussiepunten nu juist is wanneer een faciliteit 'essentieel' is. Er zijn echter wel aanknopingspunten. Zo heeft de Commissie bijvoorbeeld de volgende omschrijving gegeven: 'Met "essentiële faciliteit" wordt bedoeld een faciliteit of infrastructuur die essentieel is voor het bereiken van klanten en/of voor de mogelijkheid van concurrenten om hun bedrijf te voeren, en die niet kan worden vervangen door enig redelijk alternatief.'³⁸ En in haar beschikking Sea Containers tegen Stena Sealink³⁹ heeft zij de volgende omschrijving gehanteerd:

'66) Een onderneming die een machtspositie heeft met betrekking tot de verrichting van een noodzakelijke dienst en zelf van die dienst gebruik maakt (dit wil zeggen een voorziening of infrastructuur, waarzonder concurrenten aan hun klanten geen diensten kunnen verlenen), en die andere ondernemingen zonder gegronde redenen de toegang tot die voorziening ontzegt of die ondernemingen slechts toegang onder minder gunstige voorwaarden verleent dan zij aan haar eigen diensten geeft, schendt artikel 86 indien aan de overige voorwaarden van dat artikel is voldaan. (...)'

Voorbeelden van essential facilities zijn: netwerken voor transport van elektriciteit, gas en aardolie, telecommunicatienetwerken, spoorweginfrastructuur, (lucht)havens, maar ook overzichten van radio- en televisieprogramma's. Het kan dus gaan om producten, met name grondstoffen, maar ook om een dienst of de toegang tot fysieke infrastructuur.⁴⁰

37 HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 (Volvo/Veng); HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039 (CICRA en Maxicar/Renault).

38 Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector: kader, relevante markten en beginselen (*PbEG* 1998, C 265/02), punt 26.

39 Beschikking van de Commissie van 21 december 1993, nr. 94/19/EG (*PbEG* 1994, L15/8).

40 Temple Lang 1994, 477.

De essential facilities doctrine is afkomstig uit de VS. Daarbij zij aangetekend dat het US Supreme Court deze doctrine nooit uitdrukkelijk heeft erkend en in de recente Verizon zaak expliciet aangeeft haar niet te onderschrijven.⁴¹ De lagere rechtspraak past de essential facilities doctrine wel toe.⁴²

2.2.3.2 *Bronner*

Een ijkpunt in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over essential facilities is het arrest Bronner.⁴³ Het arrest gaat over de verspreiding van het Oostenrijkse dagblad Der Standard. Mediaprint is de uitgeefster van twee dagbladen. De twee dagbladen hebben in 1994 een marktaandeel van 46,8% van de oplage en 42% van de reclame-inkomsten. De twee dagbladen bereiken 53,3% van de bevolking vanaf 14 jaar in de particuliere huishoudens en 71% van alle dagbladlezers. De distributie van de twee dagbladen van Mediaprint gaat via een landelijk thuisbezorgingsstelsel, waarbij de dagbladen 's morgens vroeg bij de abonnees worden bezorgd.

Der Standard heeft een marktaandeel van 3,6% van de oplage en 6% van de reclame-inkomsten. De uitgever van Der Standard eist dat Mediaprint Der Standard tegen een redelijke prijs in haar thuisbezorgingsstelsel opneemt en is van mening dat de weigering om dat te doen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 (oud) EG-Verdrag oplevert. Hij beroept zich onder meer op het feit dat sprake is van een essential facility. Mediaprint heeft het enige economisch rendabele landelijke thuisbezorgingsstelsel in Oostenrijk. De uitgever kwalificeert dit als een essential facility. Mediaprint zou daarom verplicht zijn haar stelsel open te stellen tegen op de markt gangbare voorwaarden en prijzen voor concurrerende producten.

Volgens het Hof dient eerst vastgesteld te worden wat de relevante markt is.⁴⁴ Afhankelijk van wat deze relevante markt is zal dan moeten worden vastgesteld of Mediaprint een machtspositie bezit op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Ten slotte moet worden onderzocht of de omstandigheid dat de eigenaar van het enige landelijke thuisbezorgingsstelsel, die dit stelsel gebruikt voor de distributie van zijn eigen dagbladen, de toegang daartoe weigert aan de uitgever van een concurrerend dagblad misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 EG vormt, op grond dat

41 Zie 540 U.S. (2004), Supreme Court of the United States 13 januari 2004, nr. 02-682 (Verizon Communications inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko, LLP), onder punt III van de uitspraak.

42 Zie voor een overzicht van deze lagere rechtspraak in de VS, alsmede de rechtspraak van de US Supreme Court, waarin elementen van de essential facilities doctrine zichtbaar zijn, al wordt deze niet met zoveel woorden als doctrine erkend: Doherty 2001, p. 398-403. Ook Areeda 1989, 842-843, geeft een kort overzicht.

43 HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.).

44 Punt 32 van het arrest.

die weigering de concurrent een voor de verkoop van dat dagblad essentieel geachte distributiewijze ontzegt.⁴⁵

Het Hof is van mening dat dit hier niet het geval is. Het Hof zegt dat er slechts misbruik van machtspositie wordt gemaakt wanneer:

'41. (...) niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen, elke mededinging op de dagbladmarkt door de verzoeker van de dienst kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd, maar de dienst op zich bovendien onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingssysteem bestaat.

42. Dit is evenwel zeker niet het geval, zelfs wanneer, zoals in het hoofdgeding, er op het grondgebied van een lidstaat slechts één landelijk thuisbezorgingssysteem bestaat en de eigenaar daarvan bovendien op de dienstenmarkt die door dat systeem wordt gevormd of waarvan het deel uitmaakt, een machtspositie inneemt.

43. Enerzijds staat immers vast, dat er voor de distributie van dagbladen alternatieven voorhanden zijn en door de uitgevers van die dagbladen worden gebruikt, zoals bezorging per post en verkoop in winkels en kiosken, ook al zijn die voor de distributie van bepaalde van die dagbladen minder gunstig. Anderzijds lijken er geen technische, reglementaire of zelfs economische hindernissen te zijn die de opzet door een andere dagbladuitgever, alleen of in samenwerking met andere uitgevers, van een eigen landelijk thuisbezorgingssysteem, en het gebruik daarvan voor de distributie van zijn eigen dagbladen, onmogelijk of zelfs onredelijk moeilijk maken.

(...) 46. Opdat de toegang tot het systeem in voorkomend geval als onontbeerlijk kan worden beschouwd, moet op zijn minst worden vastgesteld, (...) dat het niet economisch rendabel is om een tweede thuisbezorgingssysteem op te zetten voor de distributie van dagbladen met een oplage die vergelijkbaar is met de oplage van de via het bestaande systeem gedistribueerde dagbladen.'

Het Hof noemt als criteria om te kunnen komen tot het oordeel 'misbruik van machtspositie':⁴⁶

- door de weigering kan elke mededinging op de dagbladmarkt worden uitgesloten
- er is geen objectieve rechtvaardiging voor de weigering
- de betreffende dienst is onontbeerlijk voor de werkzaamheid van de verzoeker

Het laatstgenoemde criterium wordt als volgt nader uitgewerkt: onontbeerlijk in de zin dat er geen reëel of potentieel alternatief bestaat. In deze concrete casus is dan minimaal vereist dat het niet economisch rendabel is om een tweede systeem van thuisbezorging op te zetten met een oplage die vergelijk-

45 Punt 37 van het arrest.

46 Punt 41 van het arrest.

baar is met de oplage van de via het bestaande systeem gedistribueerde dagbladen.⁴⁷

Volgens meerdere auteurs lijkt het Hof met de uitspraak in Bronner de toepassing van de essential facilities doctrine ten opzichte van het eerdere beleid van de Commissie te beperken.⁴⁸ De Commissie voerde sinds de jaren 1980 een beleid dat gericht was op het vrijmaken van infrastructuurgebonden sectoren. De beschikkingen die leveringsverplichtingen oplegden aan ondernemingen die een zogeheten 'bottleneck' beheersen, pasten daarin.⁴⁹

2.2.3.3 Onontbeerlijkheid

De eis uit het arrest Bronner dat de dienst onontbeerlijk moet zijn, krijgt veel aandacht in de literatuur. Dit criterium wordt beschouwd als enger dan het criterium dat in eerdere zaken werd gehanteerd, en daarmee als voornaamste reden waarom gesteld kan worden dat Bronner de mogelijkheden tot toepassing van de essential facility doctrine beperkt.⁵⁰

De interpretatie van het criterium 'onontbeerlijk' is (nog) niet eenduidig. Dat een product of dienst onontbeerlijk is voor degene die toegang wil tot die dienst, wil zeggen dat het gaat om een essentieel product of dienst. Dat houdt onder andere in, dat de faciliteit niet door degene die toegang wenst zelf kan worden opgezet. Dit kan zijn vanwege fysieke onmogelijkheid, zoals bijvoorbeeld het feit dat er geen diep-zee havens beschikbaar zijn voor het uitvoeren van een ferrydienst.⁵¹ Daarbij moet overigens niet louter aan absolute onmogelijkheid worden gedacht. Zo is het in beginsel mogelijk om een nieuwe haven te bouwen vlak bij een bestaande haven, ook al zijn de kosten astronomisch hoog. Het gaat dus bij fysieke beperkingen uiteindelijk vaak tevens om de economische afweging.⁵² Er kan ook sprake zijn van een juridische onmogelijkheid om de faciliteit zelf op te zetten, bijvoorbeeld wanneer

47 Punt 46 van het arrest.

48 Hancher & Lugard 1999, p. 323; Doherty 2001, p. 424; Bergman 2000, p. 60-62 (ofschoon Bergman aangeeft het niet onwaarschijnlijk te achten dat het in deze casus bijzondere omstandigheden betrof).

49 Bavasso 2002, p. 64; Whish 2003, p. 668-669. Zie als voorbeelden van oordelen van de Commissie inzake de essential facilities doctrine de beschikkingen Seacontainers/Stena Line, Beschikking nr. 94/19/EG (*PbEG* 1994, L 15/8) en London-European/Sabena, Beschikking nr. 88/589/EEG (*PbEG* 1988, L 317/47). Dit wil niet zeggen dat de Commissie altijd positieve beschikkingen afgaf indien een onderneming toegang tot een markt claimde: in de zaak Tiercé Ladbroke, Arrest van het GvEA EG 12 juni 1997, zaak T-504/93 *Jur.* 1997, p. II-923, oordeelde de Commissie, en dat werd bevestigd door het Gerecht van Eerste Aanleg, dat er geen sprake was van misbruik van machtspositie, onder andere omdat er geen eliminatie van de mededinging op een downstream markt was (punt 130 van het arrest) en de dienst die werd geweigerd (beeld en geluid bij paardenraces) niet onontbeerlijk was voor de activiteit van de aanvrager (het aanvaarden van weddenschappen in België op buitenlandse paardenraces) (punt 131-133 van het arrest).

50 Vgl. Bijv. Doherty 2001, p. 424; Bergman 2000, p. 60.

51 Whish 2003, p. 674.

52 Bergman 2000, p. 60-61.

sprake is van een exclusief intellectueel eigendomsrecht, zoals in de zaak Magill aan de orde was. En tot slot kan het ook gaan om een puur economische onmogelijkheid, bijvoorbeeld wanneer het voor een andere onderneming economisch niet haalbaar is om de faciliteit zelf of met anderen op te zetten. Het is deze laatste onmogelijkheid waar het bij Bronner om draaide. Dit is ook het meest controversiële punt, omdat een te makkelijke erkenning van onmogelijkheid in dit verband negatieve effecten kan hebben,⁵³ waarover nader de volgende paragraaf.

Naast de onmogelijkheid om zelf de faciliteit te creëren, is tevens van belang vast te stellen hoe belangrijk de toegang tot de faciliteit voor de betreffende onderneming is. Onontbeerlijk wil zeggen dat zonder toegang tot de faciliteit de betreffende onderneming niet in staat is de betreffende dienst of het betreffende product te leveren.

Het is niet geheel duidelijk hoe 'onmogelijk om zelf de faciliteit op te zetten' moet worden geïnterpreteerd. Dit kan zo worden uitgelegd dat het economisch onmogelijk is voor iedere onderneming om de faciliteit zelf te creëren, vanuit welk marktaandeel dan ook. In eerdere zaken lijkt het echter voldoende te zijn geweest dat het onmogelijk was voor de *betreffende* onderneming.⁵⁴ Dat was in ieder geval het beleid van de Commissie: zij keek naar de individuele concurrent en de moeilijkheden die deze ondervond om tot de markt toe te treden. Het Hof lijkt in het Bronner-arrest niet zozeer uit te gaan van de individuele concurrent, maar lijkt meer naar de markt als geheel te kijken. Indien de krant een bepaalde oplage *zou hebben*, zou het dan mogelijk zijn om een eigen distributienetwerk op te zetten?⁵⁵

Het is de vraag of sinds Bronner steeds in ieder geval uit moet worden gegaan van de interpretatie dat het voor iedere onderneming, ongeacht het marktaandeel, onmogelijk moet zijn geweest om de faciliteit te creëren. De nadruk wordt zo heel sterk gelegd op de positie van de 'zittende' onderneming en daar is kritiek op. Volgens het criterium uit het Bronner-arrest kan toegang alleen worden gevergd indien de concurrent niet in staat is een infrastructuur op te bouwen om daarmee dezelfde omvang aan klanten te bedienen als de onderneming die al aanwezig is. Daarbij wordt niet meegenomen dat het voor een concurrent onmogelijk kan zijn om een bepaald marktaandeel te bereiken, terwijl tegelijkertijd vaststaat dat indien dat marktaandeel zou zijn bereikt, de betreffende faciliteit inderdaad zelf kan worden gecreëerd.⁵⁶ Dit argument lijkt mij valide: juist indien een onderneming nog een klein marktaandeel bezit, zal zij behoefte hebben aan toegang tot de faciliteiten van de concurrent. Naarmate zij, of liever haar marktaandeel, groter is, neemt die noodzaak af. Dat zij op dat moment, wanneer haar activiteiten eenmaal een bepaalde

53 Whish 2003, p. 674.

54 Bergman 2000, p. 61-62.

55 Hancher & Lugard 1999, p. 326-327 en p. 330-331.

56 Bergman 2000, p. 61-62; Nihoul & Rodford 2004, p. 481-483.

omvang hebben bereikt, zelf in staat zou zijn de betreffende faciliteit kan opzetten, wil niet zeggen dat in het beginstadium de toegang tot de faciliteit niet noodzakelijk was. Hiermee wordt wel geïllustreerd, hetgeen in de volgende subparagraaf nader aan de orde komt en ook reeds is besproken in de eerste hoofdstukken,⁵⁷ dat om concurrentie op een markt tot stand te brengen, waar al een 'grote' speler zit maar geen sprake is van een natuurlijk monopolie, niet op de essential facilities doctrine zoals die uit Bronner lijkt te volgen, kan worden vertrouwd.

2.2.4 *Beoordeling van de essential facilities doctrine*

De reikwijdte van de essential facilities doctrine lijkt nog niet geheel helder.⁵⁸ Vele auteurs zijn van mening dat deze doctrine in wezen niets anders is dan de 'gewone' toepassing van artikel 82 EG-Verdrag.⁵⁹ Daarbij wordt vooral verwezen naar de Commercial Solvents uitspraak, waar de essential facilities doctrine een uitwerking van is. Het gaat om de belemmering van de concurrentie in een afgeleide (downstream) markt, waarbij de onderneming met machtspositie op de upstream markt de toegang tot de voorzieningen die nodig zijn om op de afgeleide markt de competitie aan te gaan, controleert.⁶⁰

Tegen toepassing van de essential facilities doctrine en met name tegen een ruime toepassing daarvan, worden van verschillende kanten bezwaren aangevoerd. Deze bezwaren zijn helder verwoord door A-G Jacobs in zijn conclusie bij het Bronner-arrest:

'56 In de eerste plaats behoort het recht zelf zijn handelspartners te kiezen, alsmede het recht over zijn eigendom te beschikken, tot de algemeen erkende beginselen van de wetgevingen der lidstaten, soms met grondwettelijke status. Inbreuken hierop moeten zorgvuldig worden gemotiveerd.

57 In de tweede plaats vergt op het gebied van het mededingingsbeleid de rechtvaardiging van een inmenging in de contractsvrijheid van een onderneming met een machtspositie veelal een zorgvuldige afweging van conflicterende belangen. Op lange termijn is het in het algemeen bevorderlijk voor de concurrentie en in het belang van de consument, een onderneming toe te staan voorzieningen die zij ten behoeve van haar eigen bedrijfsactiviteiten heeft gecreëerd, voor eigen gebruik te reserveren. Indien bijvoorbeeld al te gemakkelijk toegang werd verschaft tot een productie-, aankoop- of distributievoorziening, zou een concurrent niet worden gestimuleerd concurrerende voorzieningen te creëren. Ofschoon dus op korte termijn de mededinging zou worden bevorderd, zou op lange termijn het

57 Zie m.n. hfdst. 2, par. 4.

58 Zie hierover Doherty 2001, p. 397-436. Zie ook (de bespreking van) het na Bronner gewezen arrest IMS Health, par. 2.2.5.2 van dit hfdst.

59 Areeda 1989, 841 e.v.; Whish 2003, p. 667-668; Doherty 2001, p. 404 en p. 435; Temple Lang 1994, 483: 'The essential facility concept may be merely a useful label for some types of cases rather than an analytical tool', zie ook 487.

60 Whish 2003, p. 667-668; Doherty 2001, p. 408-409.

tegenovergestelde effect worden bereikt. Bovendien zou de prikkel voor een dominante onderneming om in efficiënte voorzieningen te investeren, afnemen, indien haar concurrenten desgevraagd van de voordelen ervan zouden kunnen profiteren. Het enkele feit derhalve dat een dominante onderneming, door een voorziening voor eigen gebruik te reserveren, een voordeel ten opzichte van een concurrent behoudt, volstaat niet om de toegang daartoe te kunnen afdwingen. 58 In de derde plaats dient men bij de beoordeling van dit vraagstuk niet uit het oog te verliezen, dat het hoofddoel van artikel 86 erin bestaat een verstoring van de mededinging te voorkomen – en in het bijzonder de belangen van de consumenten te beschermen – en niet, de positie van afzonderlijke concurrenten te beschermen. Derhalve kan het onbevredigend zijn om bijvoorbeeld in een geval waarin een concurrent toegang tot grondstoffen verlangt, teneinde met de dominante onderneming te kunnen concurreren op de markt van een eindproduct, uitsluitend af te gaan op de macht van de dominante onderneming op de grondstoffenmarkt en te concluderen dat haar gedraging om die markt voor zichzelf te reserveren, automatisch misbruik oplevert. Een dergelijke gedraging zal slechts tot ongunstige gevolgen voor consumenten leiden, wanneer het eindproduct van de dominante onderneming voldoende tegen de concurrentie wordt afgeschermd om het economische macht te verlenen.’

A-G Jacobs noemt hier drie bezwaren tegen toepassing van de essential facilities doctrine:

1. er wordt inbreuk gemaakt op belangrijke beginselen als de contractvrijheid en de vrije beschikking over eigendom;
2. de inbreuk op de contractvrijheid van de onderneming met machtspositie vergt een zorgvuldige afweging van belangen. Daarbij dient met name te worden meegewogen dat toepassing van de doctrine de mededinging op de lange termijn kan schaden doordat de prikkels om te investeren zowel afnemen bij de onderneming die toegang moet verlenen (want zij moet nieuwe faciliteiten delen met de concurrentie) als bij de onderneming die toegang krijgt (waarom investeren als gebruik kan worden gemaakt van andermans faciliteit);
3. het hoofddoel van artikel 82 EG-Verdrag is het voorkomen van verstoring van de mededinging en in het bijzonder het beschermen van de belangen van de consumenten en niet de bescherming van de concurrentie.

Ridyard noemt nog een reden waarom niet te ruimhartig zou moeten worden aangenomen dat sprake is van een essential facility. Volgens hem is het onvermijdelijk dat niet alleen wordt vastgesteld dat toegang moet worden verleend, maar dienen ook de voorwaarden waaronder dat moet gebeuren te worden vastgelegd. Dat betekent dat de mededingingsautoriteit in dat geval over zal

moeten gaan tot bijvoorbeeld prijsregulering.⁶¹ Het is de vraag of de mededingingsautoriteiten dat willen en of het in zijn algemeenheid wenselijk is.⁶²

Het feit dat door toepassing van de essential facilities doctrine inbreuk wordt gemaakt op de contractvrijheid, is niet uitzonderlijk. Dat is bij alle gevallen van contractdwang aan de orde. Waar de contractdwang ziet op het verplicht verlenen van toegang tot de infrastructuur, gaat het ook gepaard met een beperking van de vrijheid om te beschikken over de eigendom.⁶³

Een bezwaar van een dergelijke inbreuk op met name de eigendomsrechten van de betreffende ondernemingen is dat een te ruime toepassing van het afdwingen van toegang door andere ondernemingen de prikkel om te investeren wegneemt. Dit schaadt uiteindelijk de mededinging en de economie als geheel.⁶⁴

De algemene mening is dat het onwenselijk is om de doctrine toe te passen, zodra het een willekeurige concurrent niet lukt om een 'essential' facility te creëren.⁶⁵ De enkele wens van de concurrentie om toegang te verkrijgen is onvoldoende. Ook het enkele feit dat de concurrentie nadeel lijdt, doordat zij geen gebruik kan maken van de faciliteiten, is niet voldoende om toegang te rechtvaardigen.⁶⁶ Hoewel de voordelen van het verlenen van de toegang aan de concurrentie de mededinging op de korte termijn stimuleert, kleinere ondernemingen helpt, en op korte termijn een voordeel voor de consument kan geven, kan dit geen toegang rechtvaardigen, althans voorzover gevreesd moet worden dat dit op de lange termijn schadelijk is.⁶⁷

Het dilemma is dat het enerzijds in zijn algemeenheid goed is voor het investeringsklimaat, als een onderneming voordelen die zij legitiem heeft verworven exclusief voor zichzelf kan houden, maar dat anderzijds toegang tot zekere faciliteiten zo essentieel kan zijn voor concurrenten, dat de beheerder van de faciliteit de macht bezit om concurrenten uit te sluiten van de markt.⁶⁸ Het gaat dus om zogenaamde 'bottlenecks'.⁶⁹ Het is deze spanning die het zo moeilijk maakt om te beoordelen wanneer een onderneming al dan niet moet worden gedwongen anderen tot haar faciliteiten toe te laten. Een goed criterium brengt een onderscheid aan tussen situaties waarin de bereidheid om te investeren in gevaar kan komen en situaties waarin daar geen groot risico op bestaat en afgedwongen toegang juist resulteert in toegenomen

61 Ridyard 1996, p. 448.

62 Vgl. ook Bergman 2000, p. 61-62; Vgl. ook het US Supreme Court in Verizon onder IV, 540 U.S. (2004), Supreme Court of the United States 13 januari 2004, nr. 02-682 (Verizon Communications inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko, LLP).

63 Zie ook: Bergman 2000, p. 59 en Ridyard 1996, p. 438.

64 Bergman 2000, p. 59 en p. 63; Ridyard 1996, p. 438-440; Areeda 1989, 851.

65 Bergman 2000, p. 62-63; Ridyard 1996, p. 440.

66 Ridyard 1996, p. 447; Bavasso 2002, p. 68-71.

67 Ridyard 1996, p. 440 en p. 447; Bergman 2000, p. 63.

68 Temple Lang 1994, 479.

69 Zie hierover ook hfdst. 1 t/m 4, met name hfdst. 2, par. 4.

concurrentie en/of efficiëntievoordelen.⁷⁰ Deze afweging is niet alleen bij de essential facilities doctrine van belang, maar speelt ook als op grond van sectorspecifieke wetgeving toegangsverplichtingen worden opgelegd. Regulering geeft echter de mogelijkheid om een meer gedetailleerde regeling te ontwikkelen, waarbij met name de voorwaarden voor toegang ook worden vastgelegd. Niet onbelangrijk punt daarbij is ook dat sectorspecifieke regulering afkomstig is van de wetgever en toepassing van de essential facilities door mededingingsautoriteiten of door rechters wordt toegepast. In laatstgenoemd geval kan het bijvoorbeeld moeilijk zijn om het geheel van verplichtingen dat op een onderneming rust in de beoordeling te betrekken.⁷¹

Als belangrijk element in de afweging over het al dan niet afdwingen van toegang tot faciliteiten, geldt ook in welke mate het bezit of de bevoegdheid tot beheer van de faciliteit het gevolg is van inspanningen van de onderneming zelf. Indien een onderneming door haar eigen bereidheid om risico's te nemen een infrastructuur opbouwt of de beschikking krijgt over een dienst die voor anderen van belang wordt, dan zou die onderneming niet 'gestraft' moeten worden, doordat die voordelen haar worden ontnomen. Indien de controle over de voorzieningen echter het gevolg is van toevallige geografische omstandigheden of een (voormalig) wettelijk monopolie en dus niet zozeer de verdienste is van de onderneming zelf, dan is eerder ruimte voor toepassing van de essential facilities doctrine.⁷²

Gezien bovengenoemde kritiek zou kunnen worden gedacht dat de verplichte toegang tot essentiële faciliteiten op grond van artikel 82 EG-Verdrag het best kan worden uitgebannen. Dat is echter een te verstrekkende conclusie. Er bestaat met name huiver voor een te lichtvaardig opleggen van een dergelijke verplichting. Dat betekent niet dat het opleggen van toegangsverplichtingen op grond van de essential facilities doctrine in geen enkel geval aangewezen kan zijn. Bij de aanwezigheid van een natuurlijk monopolie, ziet men over het algemeen wel ruimte voor de toepassing van de doctrine.⁷³ Daar bestaat normaal gesproken geen mededinging en kan zij ook niet zonder meer worden verwacht. Het is dan niet alleen economisch vaak niet haalbaar om een tweede faciliteit aan te leggen, maar ook om andere redenen, als milieuaspecten, of beleidsredenen, niet wenselijk dat een tweede voorziening wordt aangelegd. Te denken valt bijvoorbeeld aan spoorweginfrastructuur. Hier nadert de toepassing van de essential facilities doctrine de toepassing van sectorspecifieke regelgeving. Het is niet voor niets dat juist bij natuurlijke

70 Bergman 2000, p. 62-63; Ridyard 1996, p. 438; Van den Bergh & Camesasca 2001, p. 273-274, die aangeven dat op grond van de economische theorie de gevallen waarin de effecten van de weigering op de mededinging zo vergaand zijn dat het nodig is om van ondernemingen te eisen dat zij de concurrenten toegang tot hun monopolistische eigendommen verlenen zeldzaam zouden moeten zijn.

71 Zie hierover nader hfdst. 2, par. 4.

72 Bergman 2000, p. 63.

73 Bavasso 2002, p. 67-68; Ridyard 1996, p. 448.

monopolies (en overigens ook bij wettelijke monopolies) sectorspecifieke regelgeving voorkomt. Daarbij wordt met name ook veel aandacht besteedt aan de bevoegdheden die de toezichthouders en/of regulatoren moeten hebben, en aan de voorwaarden waaronder over de toegang tot faciliteiten moet worden onderhandeld, of waaronder de toegang tot faciliteiten wordt opgelegd.

2.2.5 *Jurisprudentie na Bronner*

2.2.5.1 *GVG beschikking*

In 2003 heeft de Commissie een beschikking gegeven aan Ferrovie dello Stato (FS), de nationale Italiaanse spoorwegmaatschappij.⁷⁴ De zaak is geïnitieerd door een klacht van Georg Verkehrsorganisation GmbH (GVG), een (private) Duitse spoorwegmaatschappij. Deze Duitse maatschappij wil een aantal diensten gaan ontplooiën, in de eerste plaats een non-stop treinverbinding tussen Basel en Milaan. Zij wil daarom toegang tot de Zwitserse en Italiaanse spoorweginfrastructuur. Daarvoor heeft zij een vergunning nodig. Voorts is zij, op grond van de Europese regelgeving terzake, verplicht om een internationaal samenwerkingsverband met een Italiaanse maatschappij aan te gaan en dient zij over een veiligheidsattest te beschikken om op Italiaanse spoor te mogen rijden. Tot slot moet zij zorgen dat zij een locomotief met machinist heeft, die over het betreffende spoor mag rijden, de zogeheten tractie. Wanneer grensoverschrijdend spoorwegvervoer plaatsvindt, is meestal een wisseling van locomotief nodig, vanwege de verschillen in techniek, alsmede een wisseling van machinist, vanwege vereisten als kennis van de taal, kennis van de route en een nationaal diploma.

FS is (wettelijk) monopolist op de Italiaanse spoorwegen. Tevens is zij verantwoordelijk voor de infrastructuur en voor de capaciteitsverdeling.

Sinds 1995 heeft GVG verzoeken om informatie over de beschikbaarheid van capaciteit en de prijs daarvan bij FS ingediend. Voorts heeft zij FS verzocht om informatie over de voorwaarden om een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan en om locomotieven en machinisten ter beschikking te stellen. FS weigerde die informatie op verschillende gronden. FS weigerde ook om een internationaal samenwerkingsverband met GVG aan te gaan en om locomotieven en machinisten te leveren.

De Commissie stelt eerst vast dat richtlijn 91/440 aan internationale samenwerkingsverbanden het recht geeft om toegang tot spoorweginfrastructuur te claimen jegens FS. In artikel 10 lid 1 van deze richtlijn staat namelijk dat aan internationale samenwerkingsverbanden toegangs- en doorvoerrechten worden verleend in de lidstaten waar de samenstellende spoorwegondernemin-

⁷⁴ Beschikking van de Commissie van 27 augustus 2003, nr. 2004/33/EG (*PbEG* 2004, L11/17) (GVG beschikking).

gen zijn gevestigd, alsmede doorvoerrechten in de andere lidstaten. De Commissie is tevens van mening dat de richtlijn rechtstreekse werking heeft.⁷⁵

De Commissie stelt vervolgens vast wat de relevante markt is en onderscheidt daarbij twee upstreammarkten, namelijk de markt voor infrastructuurtoegang en de markt voor tractie.⁷⁶ Voorts wordt nog een derde markt onderscheiden, dit is de (downstream) markt voor internationaal reizigersvervoer per spoor.⁷⁷

FS bezit een machtspositie op de markt voor spoorweginfrastructuur, omdat het een wettelijk monopolie heeft om de Italiaanse spoorweginfrastructuur te exploiteren. Buiten het lange afstandsnetwerk van FS bestaat er geen andere railinfrastructuur in Italië waarop GVG zijn gewenste treindienst van Basel naar Milaan zou kunnen uitvoeren.⁷⁸

Ook met betrekking tot de tractie is de Commissie van oordeel dat FS een machtspositie op de relevante markt bezit. Er is tot nog toe geen andere Italiaanse spoorwegmaatschappij die uitgerust is om die dienst te leveren.⁷⁹ GVG kan de tractie ook niet zelf uitvoeren, omdat zij daarvoor een pool van zowel Zwitserse als Italiaanse locomotieven en machinisten zou moeten klaarzetten, die alleen deze lijn bedienen. Dat zou zo duur worden dat de treinverbinding niet meer rendabel zou zijn. Omdat de spoorwegmarkt nog niet geheel geliberaliseerd is, zou GVG de locomotieven en machinisten ook niet voor de rest van de tijd mogen verhuren in Italië. Daarom is GVG dus afhankelijk van de tractiediensten van FS.⁸⁰ De Commissie concludeert dat FS een machtspositie bezit op de betrokken tractiemarkt en dat, wil GVG de geplande dienst kunnen exploiteren, het voor haar onmisbaar is om door FS tractie geleverd te krijgen.⁸¹

Verder heeft FS ook een machtspositie op de downstream markt van reizigerstransport op het Italiaanse deel van de route Basel-Milaan. FS is de enige Italiaanse spoorwegmaatschappij met een veiligheidsattest voor de betreffende route en is daarom de enige maatschappij die een internationaal samenwerkingsverband met GVG zou kunnen aangaan.⁸²

De weigering *toegang* te verlenen tot de Italiaanse *infrastructuur* vormt misbruik van machtspositie. De Commissie:

‘120 Aansluitend bij het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak *Aéroports de Paris* kan spoorweginfrastructuur als een “essentiële faciliteit” worden beschouwd. Zij voldoet aan de twee belangrijke voorwaarden om van een essentiële

75 Punten 12 en 128 van de beschikking.

76 Punten 48-58 van de beschikking.

77 Punten 59-71 van de beschikking.

78 Punten 82-85 van de beschikking.

79 Punten 86-91 van de beschikking.

80 Punten 92-97 van de beschikking.

81 Punten 110-111 van de beschikking.

82 Punten 112-114 van de beschikking.

faciliteit te spreken, zoals die door het Gerecht in zijn beschikking in de zaak *European Night Services* zijn vastgesteld: het onmisbare karakter van de faciliteit en de uitschakeling van alle concurrentie van de andere onderneming wanneer geen toegang wordt verleend. Voor eventuele concurrenten zou het ondoenbaar zijn om het langeafstandsspoorwagetracé van FS te dupliceren gelet op de prohibitieve kostprijs van een dergelijke investering en de onmogelijkheid om recht van overweg te krijgen.’

Het beperken van toegang tot het spoorwagetracé vormt misbruik van een machtspositie wanneer daardoor een potentiële concurrent van de markt wordt uitgesloten. FS heeft volgens de Commissie van haar macht als toewijzingsinstantie gebruik gemaakt om GVG, een potentiële concurrent op de markt voor diensten voor reizigersvervoer per spoor, treinpaden op het traject Domodossola-Milaan te weigeren. Zij heeft GVG niet alleen de informatie onthouden die deze nodig had om een adequaat bedrijfsplan uit te werken, maar zij heeft GVG daadwerkelijk de toegang ontzegd zonder objectieve rechtvaardiging. Zodoende heeft zij GVG belet de markt voor de levering van diensten voor reizigersvervoer per spoor op dit traject te betreden. Door haar besluit om de markt voor grensoverschrijdende diensten voor reizigersvervoer per spoor voor zichzelf te behouden, heeft FS haar machtspositie op de markt voor infrastructuurtoegang uitgebreid naar deze verwante, doch onderscheiden markt.⁸³

Van groot belang is mijns inziens ook overweging 126 van de beschikking, vanwege hetgeen de Commissie daar zegt over de betekenis van de richtlijn en de rol van het algemene mededingingsrecht:

‘(126) In Richtlijn 91/440/EEG is niet uitdrukkelijk aangegeven dat spoorwegondernemingen die nog geen internationaal samenwerkingsverband zijn aangegaan, recht hebben op toegang tot technische informatie over infrastructuurtoegang. De Commissie verwierpt evenwel het argument van FS als zou dergelijke informatie enkel kunnen worden meegedeeld en een treinpad enkel kunnen worden gereserveerd nadat de aanvrager een internationaal samenwerkingsverband is aangegaan. Richtlijn 91/440/EEG laat de toepassing van de mededingingsregels uit het EG-Verdrag onverlet. De toewijzingsinstantie mag niet eisen dat een internationaal samenwerkingsverband wordt opgericht vooraleer zelfs nog maar informatie te geven in verband met de prijzen van treinpaden en de beschikbaarheid ervan, aangezien zulks tot gevolg kan hebben dat markttoetreding wordt verhinderd. Dergelijke informatie is noodzakelijk om de toetreder in staat te stellen een bedrijfsplan op te stellen en na te gaan of de geplande dienst economisch levensvatbaar zou zijn.’

Met betrekking tot de levering van *tractie* komt de Commissie na onderzoek tot de conclusie dat er geen commercieel levensvatbare alternatieven beschik-

83 Punt 124 van de beschikking.

baar waren voor GVG of enige andere niet-Italiaanse spoorwegonderneming. Daarom is het, wil GVG een dienst voor internationaal reizigersvervoer tussen Duitsland en Milaan aan kunnen bieden, onontbeerlijk dat de onderneming van FS op het Italiaanse spoorwegnet tractie ontvangt.⁸⁴ De Commissie spreekt hier dus niet over een essentiële faciliteit, maar noemt tractie wel 'onontbeerlijk'.⁸⁵

De Commissie stelt vervolgens vast dat FS niet op GVG's verzoeken om tractie heeft geantwoord en zij derhalve sinds december 1998 daadwerkelijk geweigerd heeft voor deze specifieke dienst aan GVG tractiediensten te leveren. De weigering was niet door enige objectieve reden gerechtvaardigd. Zo ontbreekt het FS bijvoorbeeld niet aan reservecapaciteit voor tractiediensten, zijn er geen redenen op het gebied van veiligheid die FS beletten GVG tractie te leveren, zou FS een passende vergoeding kunnen ontvangen voor de levering van dergelijke diensten en is zij niet actief op grond van openbare dienstverplichtingen die haar beletten tractiediensten aan GVG te leveren.⁸⁶

De Commissie concludeert dat door aan GVG tractie te weigeren, FS een potentiële concurrent belet de downstreammarkt van reizigersvervoer per spoor te betreden. Zodoende behoudt zij haar monopoliepositie op deze afzonderlijke markt door potentiële concurrentie op de markt uit te schakelen. Er is bovendien geen gerechtvaardigde reden voor de weigering en derhalve is er sprake van misbruik van machtspositie. Door de uitschakeling van een concurrent wordt de toename van de concurrentie op de downstreammarkt belemmerd, hetgeen ten koste gaat van de gebruikers die niet kunnen profiteren van alternatieven voor de bestaande diensten voor reizigersvervoer per spoor.⁸⁷

Ook op de markt van *reizigersvervoer* per spoor maakt FS volgens de Commissie misbruik van machtspositie.⁸⁸ Zij motiveert dit onder andere in de volgende passage:

'In de onderhavige zaak is het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband met FS onmisbaar voor GVG wil de onderneming de dienst voor internationaal reizigersvervoer op het traject Domodossola-Milaan aan kunnen bieden. Hij is niet 'substituëerbaar' met enige andere dienst, aangezien er geen andere spoorwegondernemingen zijn waarmee GVG een internationaal samenwerkingsverband zou kunnen aangaan om op dit traject te opereren. Zoals in overweging 101 is uiteengezet, heeft GVG in dit stadium evenmin de keuze om in Italië een dochteronderneming op te richten teneinde zo een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan met haar eigen dochteronderneming.'

84 Punt 133 van de beschikking.

85 Volgens Stehmann zou in dit geval, gezien de vele technische en juridisch toegangsbarrières, de claim dat het gaat om een essential facility wel te ondersteunen zijn, Stehmann 2004, p. 393.

86 Punt 134 van de beschikking.

87 Punt 145 van de beschikking.

88 Punt 152 van de beschikking.

De Commissie concludeert dus tot misbruik van machtspositie op alle drie de markten, maar er wordt geen boete opgelegd. FS heeft tegenover de Commissie toezeggingen gedaan die garanderen dat het misbruik wordt stopgezet.

Interessant aan deze zaak is onder andere dat hij laat zien wat de functie van artikel 82 EG-Verdrag is in een sector waar ook sectorspecifieke regulering voorkomt. De Europese spoorwegsector bevindt zich een in proces van liberalisering, maar de liberalisering is zeker nog niet voltooid. Richtlijn 91/440 gaf recht op toegang tot de infrastructuur, maar de uiteindelijke afdwinging daarvan vindt hier plaats op basis van artikel 82 EG-Verdrag. De contractweigerings leverde misbruik van machtspositie op. Er wordt een verplichting om internationale samenwerkingsverbanden aan te gaan opgelegd, door de werking van het algemeen mededingingsrecht, waar de richtlijn zelf die verplichting als zodanig niet oplegt. Maar omdat de richtlijn wel verplicht tot toegang voor internationale samenwerkingsverbanden, en het kunnen aangaan van zo'n internationaal samenwerkingsverband derhalve een van de voorwaarden is om toegang te verkrijgen, ziet de Commissie dit als een bottleneck en heft ze die op met toepassing van artikel 82 EG-Verdrag.⁸⁹

2.2.5.2 *IMS Health*

In het arrest *IMS Health*⁹⁰ wordt zowel naar het arrest *Magill* als naar het arrest *Bronner* verwezen. *IMS Health* levert gegevens over regionale verkoopresultaten in Duitsland aan farmaceutische ondernemingen. Daartoe gebruikt zij een structuur van bouwstenen, waarbij iedere bouwsteen overeenstemt met een bepaald geografisch gebied.

NDC Health houdt zich eveneens bezig met de verkoop van regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in Duitsland, die eveneens zijn gebaseerd op een bouwsteenstructuur. *IMS* vordert dat *NDC* wordt verboden gebruik te maken van de bouwsteenstructuur van 1860 bouwstenen, de structuur die zij gebruikt. Het Landgericht Frankfurt am Main is van oordeel dat *IMS* haar recht om elk ongeoorloofd gebruik van haar werk te laten verbieden, niet kan uitoefenen indien zij misbruik maakt van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag door te weigeren *NDC* onder redelijke voorwaarden een licentie te verlenen. Het stelt daarom prejudiciële vragen aan het Hof. In antwoord op die vragen overweegt het Hof onder meer, onder verwijzing naar *Bronner*, dat om te bepalen of een product of een dienst onontbeerlijk is, moet worden nagegaan of producten of diensten voorhanden zijn die alternatieve oplossingen bieden. Tevens dient te worden bekeken of er technische, reglementaire of economische hindernissen zijn die het iedere onderneming die op die markt actief wil zijn onmogelijk of althans onredelijk moeilijk maken om, eventueel in samenwerking met andere ondernemingen,

⁸⁹ Zie ook Stehmann 2004, p. 394.

⁹⁰ HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, *Jur.* 2004, p. 0 (*IMS Health*).

alternatieve producten of diensten aan te bieden. Om het bestaan van *economische* hindernissen vast te kunnen stellen, dient het voor onderneming met een productie van vergelijkbare omvang als die van de onderneming die het bestaande product of dienst controleert, niet economisch rendabel te zijn om deze producten of diensten aan te bieden.

Het Hof verklaart voor recht:

1. Bij het onderzoek of de weigering van een onderneming met een machtspositie om een gebruikslicentie te verlenen voor een bouwsteenstructuur die is beschermd krachtens een intellectueel eigendomsrecht waarvan zij houder is, misbruik oplevert, moet rekening worden gehouden met zowel de mate waarin de gebruikers hebben deelgenomen aan de ontwikkeling van die structuur als de inspanning die de potentiële afnemers zullen moeten leveren om op een alternatieve structuur berustende marktonderzoeken over regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen te kunnen aankopen en in het bijzonder de daarmee verbonden kosten, om te bepalen of de beschermde structuur onontbeerlijk is voor de verkoop van dergelijke onderzoeken.
2. De weigering van een onderneming met een machtspositie die houder is van een intellectueel eigendomsrecht op een bouwsteenstructuur die onontbeerlijk is voor de aanbidding van regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in een lidstaat, om een licentie voor het gebruik van deze structuur te verlenen aan een andere onderneming die dergelijke gegevens eveneens wenst te verstrekken in dezelfde lidstaat, levert misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG op wanneer is voldaan aan de volgende voorwaarden:
 - de onderneming die om de licentie heeft verzocht, is voornemens op de markt van levering van de betrokken gegevens nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder van het intellectuele-eigendomsrecht niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat;
 - de weigering is niet gerechtvaardigd op objectieve gronden;
 - door de weigering wordt de markt van de levering van verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in de betrokken lidstaat voorbehouden aan de houder van het intellectuele-eigendomsrecht en wordt elke mededinging op die markt uitgesloten.'

Het Hof noemt dus drie criteria om te bepalen of sprake is van misbruik van machtspositie door de houder van een intellectueel eigendomsrecht dat onontbeerlijk is voor de activiteit (i.c. een intellectueel eigendomsrecht dat onontbeerlijk is voor de aanbidding van regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen):

- de weigering staat in de weg aan de introductie van een nieuw product waarvoor van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat
- de weigering heeft geen rechtvaardigingsgrond
- de weigering sluit elke mededinging op een afgeleide markt uit

Deze criteria zijn een combinatie van de criteria uit het arrest Bronner en het arrest Magill. Met Bronner komen overeen: de dienst (i.c. de licentie) is onont-

beerlijk, elke mededinging op de afgeleide markt wordt uitgesloten en er is geen objectieve rechtvaardiging voor de weigering. Met Magill komt overeen het criterium dat de introductie van een nieuw product, waarnaar vraag bestaat bij de consument, wordt verhinderd.

In commentaren op *IMS Health* wordt aangegeven dat het Hof van Justitie hiermee zou hebben bevestigd dat er toch een essential facilities doctrine bestaat (waar deze naar aanleiding van het *Bronner*-arrest ook wel werd afgeschreven), althans dat er een doctrine over leveringweigeringen bestaat, die afwijkt van de 'Commercial Solvents gevallen'.⁹¹ Het lijkt erop dat er niet een duidelijke scheiding tussen de 'upstream' en 'downstream' markt hoeft te worden gemaakt,⁹² of althans dat de 'upstream' markt ook een hypothetische markt kan zijn.⁹³ Het Hof van Justitie lijkt volgens sommige annotatoren niet zozeer gericht op het voorkomen van misbruik van machtspositie doordat de mededinging op een afgeleide markt wordt beperkt, maar op het bevorderen van toegang voor concurrenten tot de voorzieningen die ze nodig hebben om de concurrentie met de onderneming met machtspositie aan te kunnen gaan.⁹⁴

Het tweede punt waarop wordt gewezen, is dat het Hof van Justitie een onderscheid maakt tussen 'gewone' essential facilities en gevallen waarin het gaat om intellectuele eigendomsrechten, zoals in *Magill* en nu ook in *IMS Health*. In laatstgenoemde zaken wordt een nadere eis gesteld, namelijk dat sprake moet zijn van de belemmering van de introductie van een nieuw product.⁹⁵ Deze nadere eis is volgens Derclaye gerechtvaardigd, omdat het Hof daarmee de doelen van zowel het mededingingsrecht als de intellectuele eigendomsrechten respecteert.⁹⁶ De bedoeling van het bestaan en verstrekken van intellectuele eigendomsrechten, is onder andere het bevorderen van innovatie. Een bedrijf dat investeert in onderzoek en ontwikkeling, moet daar ook de vruchten van kunnen plukken, als dit leidt tot een nieuw of verbeterd product. Zou dat niet het geval zijn, dan zou de prikkel tot innovatie sterk verminderen. De verplichting om een licentie te verlenen voor gebruik van een bepaalde vinding, staat daarmee op gespannen voet. Overigens bestaat deze spanning steeds waar verplicht toegang moet worden verleend tot faciliteiten,⁹⁷ maar bij intellectuele eigendomsrechten geldt dat wellicht nog sterker. Het criterium dat nu door het Hof van Justitie wordt gesteld, namelijk dat door de weigering om een licentie te verlenen de introductie van een nieuw

91 Hatzopoulos 2004, p. 1620 e.v.

92 Hatzopoulos 2004, p. 1624-1625.

93 Derclaye 2004, p. 691; Geradin 2004, p. 1530.

94 Geradin 2004, p. 1532; Hatzopoulos 2004, p. 1623-1624.

95 Geradin 2004, p. 1527; Derclaye 2004, p. 687-688.

96 Derclaye 2004, p. 695.

97 Zie daarover reeds par. 2.2.4 van dit hfdst.

product waar potentiële vraag naar is bij klanten wordt verhinderd, doet recht aan dit streven naar het bevorderen van innovatie.⁹⁸

Een punt van kritiek op dit arrest is dat het Hof van Justitie nergens aangeeft wanneer sprake is van een nieuw product. Het mag in ieder geval niet gaan om het dupliceren van het product dat al wordt geleverd.⁹⁹

Deze criteria, en met name het criterium dat sprake moet zijn van een nieuw product, kwamen ook aan de orde in een Nederlandse zaak, de Telegraaf/NOS en HMG. Strikt genomen is sprake van meerdere zaken, want er liep zowel een bestuursrechtelijke als een civielrechtelijke (kort geding) procedure. De zaken worden in de volgende paragraaf besproken.

2.2.5.3 Telegraaf/NOS en HMG

Een Nederlandse zaak die verwantschap vertoont met het Magill arrest en met het zojuist besproken IMS Health arrest, is de zaak inzake De Telegraaf versus de NOS en HMG.¹⁰⁰ De Telegraaf wil een weekblad of wekelijkse bijlage uitbrengen met daarin een weekoverzicht van de televisieprogramma's. De NOS en HMG weigeren de programmagegevens aan de Telegraaf te verstrekken.

De directeur-generaal NMa stelt in de eerste plaats vast dat de relevante markt in dit geval de markt voor programmaoverzichten in Nederland is, waarbij de programmaoverzichten van iedere afzonderlijke omroep een afzonderlijke deelmarkt vormen.¹⁰¹

Hij concludeert vervolgens dat NOS en HMG ieder een economische machtspositie innemen op de productmarkt van wekelijkse programmaoverzichten; de NOS ten aanzien van de radio- en televisieprogrammaoverzichten van de publieke omroep, en HMG ten aanzien van haar eigen televisieprogrammaoverzichten (die van RTL 4, RTL 5 en Veronica).¹⁰²

De weigering van de NOS en HMG om de wekelijkse programmaoverzichten aan anderen dan aan individuele publieke omroepen en aan de commerciële omroep Veronica ter beschikking te stellen, belemmert effectief de toetreding van nieuwe aanbieders, niet afkomstig uit de kring van omroepen, op de markt van wekelijkse programmabladen, aldus de d-g NMa. Hij oordeelt dat de verweten gedragingen verboden zijn in artikel 24 lid 1 Mw. Dit zou hoogstens anders kunnen zijn indien voor deze gedragingen een objectieve noodzaak

98 Derclaye 2004, p. 687-688, 691, 694-695. Derclaye beperkt het overigens tot 'copyright'; volgens haar geldt IMS Health niet zonder meer ook voor andere intellectuele eigendomsrechten.

99 Geradin 2004, p. 1531; Derclaye 2004, p. 695-696. Zie ook het oordeel van het CBB over het vereiste 'nieuw product' in de zaak Telegraaf/NOS en HMG, waarover nader de volgende par.

100 Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, 1998, zaaknr. 1, Holdingmaatschappij De Telegraaf vs. De NOS en HMG, te vinden op: <www.nma-org.nl>.

101 Punt 6.5 en 6.10 van het besluit.

102 Punt 6.20 van het besluit.

dan wel een andere rechtvaardiging zou kunnen worden aangewezen. Die rechtvaardiging is er niet, ook het auteursrecht biedt die in dit geval niet.¹⁰³

Bij dit besluit van de d-g NMa is het niet gebleven. Nadat de d-g NMa bezwaren tegen dit besluit heeft afgewezen en een last onder dwangsom aan de NOS heeft opgelegd om de programmeergegevens te leveren, heeft NOS beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam. Deze heeft uitspraak gedaan op 12 december 2002 en bepaalde met een beroep op Magill en Bronner dat de NOS misbruik maakt van haar machtspositie op de markt voor wekelijkse programmaoverzichten door te weigeren de aan haar toebehorende programmeergegevens te leveren aan de Telegraaf. Dit ondanks het feit dat de rechtbank wel aanneemt dat de NOS een exclusief recht op die programmeergegevens heeft, op grond van de geschriftenbescherming.¹⁰⁴ Tegen deze beslissing is hoger beroep ingesteld bij het CBB.

Tussentijds speelde een civiele kort geding procedure die met de onderhavige zaak te maken had en waarin de Hoge Raad op 6 juni 2003 uitspraak heeft gedaan.¹⁰⁵ Alvorens in te gaan op de eindbeslissing van het CBB, wordt hier deze civiele kort geding procedure besproken, omdat het een voorbeeld biedt van hoe de civiele rechter in kort geding het mededingingsrecht toepast, en hoe dit zich verhoudt tot een gelijktijdig lopende bestuursrechtelijke procedure.¹⁰⁶ De civiele procedure is ingesteld door NOS c.s. tegen de Telegraaf, waarbij NOS c.s. eisten dat Telegraaf zou stoppen met het openbaarmaken van programmeergegevens. Het hof overweegt met betrekking tot het gestelde misbruik maken van machtspositie door de NOS het volgende:

'14. Naar het oordeel van het hof is de kort geding rechter gehouden een voorlopige voorziening te geven, telkens wanneer zulks naar zijn oordeel, gelet op de belangen van partijen, uit hoofde van onverwijlde spoed is vereist. Denkbaar is evenwel dat een beslissing van de civiele kort geding rechter wordt aangehouden, indien op betrekkelijk korte termijn een besluit op bezwaar van de NMa kan worden verwacht. In casu is gelet op de mededelingen van partijen bij pleidooi evenwel geen uitzicht op een spoedige beslissing omtrent de ingebrachte bezwaren. Het hof zal daarom thans nagaan of ten processe voldoende gegevens aanwezig zijn voor een inhoudelijk oordeel. Daarbij gaat het hof ervan uit dat het gevorderde gebod tot staking van de inbreukmakende handelingen achterwege behoort te blijven, als aannemelijk is dat er een gereede kans bestaat dat de NMa in haar eindbesluit de klacht dat de NOS en/of de Omroepen misbruik maken van haar/hun economische machtspositie gegrond zouden bevinden. (...)'

Het hof neemt het standpunt van de NMa omtrent de hoedanigheid van ondernemer, de relevante productmarkt (de markt van weekoverzichten van radio-

103 Punt 7.9-7.11 van het besluit.

104 Rb. Rotterdam 11 december 2002, LJN: AF1811 te vinden op <www.rechtspraak.nl>.

105 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 505 (NOS c.s./Telegraaf).

106 Zie daarover ook hfdst. 10, par. 6.2.

en televisieprogramma's) en de relevante geografische markt (Nederland) over. Het hof bekijkt vervolgens of er naar zijn voorlopig oordeel misbruik van deze machtspositie wordt gemaakt. Het overweegt dan onder meer:

'14. (...) Uit de omstandigheid, dat TV week niet compleet is en fouten in de programmagegevens bevat, leidt het hof af dat voor het op de markt brengen van een goed product tijdige levering van de juiste programmagegevens (...) onontbeerlijk is, terwijl niet aannemelijk is geworden dat er voor de Telegraaf een reële (uitwijk)mogelijkheid bestaat de programmagegevens anderszins te vergaren. Daarbij wordt, nu van het tegendeel onvoldoende is gebleken, ervan uitgegaan dat van de zijde van de consument vraag is naar een uitgave als TV Week. Door voormelde opstelling van de NOS en de Omroepen wordt elke mededinging op de desbetreffende markt uitgesloten. (...).

Vervolgens oordeelt het hof, met verwijzing naar Magill en Bronner, dat er sprake is van een uitzonderlijk omstandigheid als in die arresten bedoeld en dat er een gerede kans bestaat dat de NMa zal besluiten dat sprake is van misbruik van machtspositie.

In cassatie wordt onder meer opgekomen tegen het oordeel van het hof dat de gerede kans bestaat dat de NMa zal concluderen dat sprake is van misbruik van machtspositie door NOS c.s. Hierbij wordt ook opgekomen tegen de wijze waarop het hof de criteria afkomstig uit de arresten Magill en Bronner toepast. De Hoge Raad wijst de klachten echter af en overweegt daartoe onder meer:

'3.10 (...) De NOS c.s. voeren aan dat in een geval als dit in de eerste plaats onderzocht moet worden of er voor het product dat de derde, De Telegraaf, op de markt wil brengen of brengt, al dan niet een daadwerkelijk of potentieel substituut bestaat. Het Hof had daarom eerst moeten vaststellen of TV Week, ondanks de ontkenning van de zijde van de NOS c.s., een nieuw product is waarnaar een constante en regelmatige potentiële vraag bestaat. Bovendien heeft het Hof volgens het onderdeel miskend dat in dit soort gevallen volgens de rechtspraak van het HvJEG drie voorwaarden moeten worden onderscheiden en dat aan die voorwaarden cumulatief dient te zijn voldaan vóórdat sprake kan zijn van misbruik als in deze procedure aan de orde is.

3.11 Ook deze klachten gaan niet op. Het Hof heeft immers vastgesteld dat "van de zijde van de consument" vraag bestaat naar de onderhavige uitgave. Daarmee heeft het Hof klaarblijkelijk het ontbreken van een daadwerkelijk of potentieel substituut voor TV Week op het oog gehad. In het oordeel van het Hof ligt besloten dat de door het Hof vastgestelde vraag hiernaar moet worden gezien als een constante en regelmatige potentiële vraag. In aanmerking genomen dat het een kort geding betreft en gelet op het partijdebat, kon het Hof volstaan met dit oordeel, dat niet onbegrijpelijk is en dat, als van feitelijke aard, in cassatie verder niet kan worden getoetst.

Uit hetgeen hiervóór is overwogen blijkt ten slotte dat het Hof zowel de daadwerkelijke behoefte aan het product, als de uitsluiting of de verstoring van de

mededinging en het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging als cumulatieve vereisten in zijn beoordeling heeft betrokken.'

De Hoge Raad is dus van mening dat, mede gezien het feit dat het gaat om een kort geding, het hof voldoende heeft onderbouwd dat de gerede kans bestaat dat de klacht van de Telegraaf gegrond zal worden bevonden en er sprake is van misbruik van machtspositie.

Het CBB oordeelde uiteindelijk anders. Volgens het CBB was geen sprake van misbruik van machtspositie door de NOS en wel omdat niet voldaan was aan het vereiste uit *IMS Health* dat het moest gaan om een nieuw product. Dit was in cassatie in de civiele kort geding zaak ook aangevoerd door NOS,¹⁰⁷ maar dit argument werd daar niet gehonoreerd. Het CBB geeft eerst de belangrijkste overwegingen van het Hof van Justitie EG in *IMS Health* weer, waarin de volgende drie cumulatieve voorwaarden werden genoemd:

- de weigering staat in de weg aan de introductie van een nieuw product waarvoor van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat
- de weigering heeft geen rechtvaardigingsgrond
- de weigering sluit elke mededinging op een afgeleide markt uit

Het CBB gaat alleen in op het eerste vereiste, omdat daar het hoger beroep van de Telegraaf reeds strandt:

'6. (...) Met betrekking tot de dan te beantwoorden vraag of verweerder (NMA, toevoeging I.H.) terecht geoordeeld heeft dat De Telegraaf door de weigering van een licentie belemmerd werd in zijn voornemen om een nieuw product op de markt voor wekelijkse programmabladen te introduceren, zodat er grond was de NOS een last onder dwangsom op te leggen, overweegt het College dat zulks uit de beschikbare stukken niet kan worden afgeleid. Voorzover De Telegraaf zich duidelijk over zijn plannen met de programmeergegevens heeft uitgelaten heeft het College begrepen dat aan de vrijdag- en/of zaterdagkrant als bijlage een door De Telegraaf geproduceerd programmablad zou worden toegevoegd. Van een reden om dit als nieuw product te kwalificeren, anders dan dat het een bijlage bij de krant zou zijn waarvoor niet apart betaling gevraagd zou worden, is het College uit de stukken en het verhandelde ter zitting niets gebleken. Het enkele feit dat het daarmee zou gaan om een programmagids die niet aan een omroep gelieerd is, is onvoldoende om het als een nieuwe product te kwalificeren, temeer nu niet is duidelijk gemaakt waarom dit de aard van het product in aanmerkelijke mate zou veranderen.

De stelling dat reeds uit het bestaan van een substantiële vraag naar een nog niet op de markt verschenen product kan worden afgeleid dat het als een nieuw product moet worden beschouwd, kan het College niet onderschrijven. Dit zou er in dit geval namelijk toe leiden dat een product reeds als nieuw kan worden beschouwd als het zich enkel van bestaande producten onderscheidt door een in

107 Zie punt 3.10 van het arrest (hiervoor weergegeven).

belangrijke mate lagere prijs of doordat het samen met een ander product wordt aangeboden, hetgeen ook niet kan worden aanvaard.

Conclusie moet dan ook zijn dat ten tijde van het nemen van het bestreden besluit niet voldaan was aan de uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie voortvloeiende vereisten om de weigering van de NOS om de wekelijkse programmegegevens aan De Telegraaf ter beschikking te stellen als misbruik van economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mededingingswet te kunnen beschouwen.'

Overigens verdient nog vermelding dat de uitspraak in *IMS Health* door het Hof van Justitie EG is gedaan nadat de Rechtbank Rotterdam in de bestuursrechtelijke procedure en de Hoge Raad in de civiele kort geding procedure hun respectieve uitspraken deden. In het hoger beroep voor het CBB is vervolgens de mogelijkheid geboden om te reageren op het inmiddels verschenen arrest *IMS Health*. De NOS geeft daarbij onder andere aan in het *IMS Health* arrest een bevestiging te zien van haar standpunt dat licentieweigering bij een exclusief IE-recht slechts dan onrechtmatig kan zijn als mede voldaan is aan de voorwaarde dat daardoor het op de markt verschijnen van een nieuw product verhinderd wordt. De bijlage bij de zaterdageditie van de Telegraaf kan volgens de NOS niet als een dergelijk nieuw product worden aangemerkt.¹⁰⁸ De NOS krijgt van het CBB dus gelijk. Interessant is dan nog wat de interpretatie van de NMa was van het *IMS Health* arrest, in verband met de onderhavige zaak. Volgens de d-g NMa is het criterium of het gaat om een product waarnaar bij de consument een duidelijke vraag bestaat. De voorwaarde dat de weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product moet worden geplaatst in de sleutel van artikel 82 sub b EG-Verdrag, dat als voorbeeld van misbruik noemt: het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers. Volgens de d-g NMa is een product zoals de televisiebijlage niet op de markt aanwezig, terwijl er wel vraag naar is. De licentieweigering belet de toegang tot de markt van dit nieuwe product.¹⁰⁹ Het CBB verwierpt deze uitleg van de d-g NMa: volgens het CBB gaat het erom of sprake is van een nieuw product, hetgeen iets anders is dan of er vraag is naar het betreffende product.

3 RATIO CONTRACTDWANG

De ratio van contractdwang als gevolg van de constatering dat er misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag heeft plaatsgevonden door levering van diensten of goederen te weigeren, is vooral het veilig stellen van de mededinging. Het gaat daarbij niet in eerste instantie om de bescher-

¹⁰⁸ Zie onder punt 3 van de uitspraak van het CBB.

¹⁰⁹ Zie onder punt 4 van de uitspraak van het CBB.

ming van een klant die afhankelijk is van de levering door de onderneming met machtspositie.¹¹⁰ Een leveringsweigering levert immers alleen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag op, indien niet alleen een concurrent of een klant wordt geschaad, maar ook de mededinging op de relevante markt wordt beperkt en geen objectieve rechtvaardiging kent.¹¹¹ Dat betekent niet dat de consument helemaal geen rol speelt, maar zijn belang wordt beschermd doordat de mededinging in het algemeen wordt beschermd. In het al eerder aangehaalde citaat van A-G Jacobs in zijn conclusie bij het arrest Bronner is dat duidelijk verwoord:

‘58 In de derde plaats dient men bij de beoordeling van dit vraagstuk niet uit het oog te verliezen, dat het hoofddoel van artikel 86 erin bestaat een verstoring van de mededinging te voorkomen – en in het bijzonder de belangen van de consumenten te beschermen – en niet, de positie van afzonderlijke concurrenten te beschermen. Derhalve kan het onbevredigend zijn om bijvoorbeeld in een geval waarin een concurrent toegang tot grondstoffen verlangt, teneinde met de dominante onderneming te kunnen concurreren op de markt van een eindproduct, uitsluitend af te gaan op de macht van de dominante onderneming op de grondstoffenmarkt en te concluderen dat haar gedraging om die markt voor zichzelf te reserveren, automatisch misbruik oplevert. Een dergelijke gedraging zal slechts tot ongunstige gevolgen voor consumenten leiden, wanneer het eindproduct van de dominante onderneming voldoende tegen de concurrentie wordt afgeschermd om het economische macht te verlenen.’

Het mededingingsrecht kent meerdere doelen, die grotendeels met elkaar samenhangen. Eén doel is het bevorderen van de vrije markt en in Europa vooral het bevorderen van een interne markt. Het gaat er dus om, óók bij de essential facilities doctrine, beperkingen van de mededinging uit de weg te ruimen. De gedachte is dat er zo min mogelijk belemmeringen moeten zijn voor de handel, omdat dat de economie en daarmee de welvaart, het voorzieningenniveau, de beschikbaarheid en de prijsstelling van producten ten goede komt. Andere doelen zijn het bevorderen van efficiency en innovatie, omdat die worden geacht te leiden tot welvaart van consumenten en economische groei.¹¹²

De ratio van contractdwang op basis van het mededingingsrecht volgt uit deze doelen van het mededingingsrecht. Uit de jurisprudentie blijkt vooral aandacht voor leveringsweigeringen die leiden tot het uitsluiten en beperken van concurrentie. Daarbij is met name door de Commissie gebruik gemaakt van contractdwang op grond van artikel 82 EG-Verdrag om derde partijen

110 Whish 2003, p. 667; vgl. ook Busche 1999, p. 302.

111 Faull & Nikpay 1999, p. 151.

112 Zie bijv. Whish 2003, p. 18-21, met nadere uitwerkingen; Slot 2004, p. 444-446.

toegang tot infrastructuur te bieden. De Commissie wenste daarmee de mededinging in de afgeleide markten te bevorderen.¹¹³

Als uitgangspunt geldt een economisch ideaal van een markt met volkomen mededinging. Tegelijkertijd wordt onderkend dat dit inderdaad een ideaal is: volkomen mededinging bestaat niet. Wel wordt er in het algemeen vanuit gegaan dat de andere kant van het spectrum, het monopolie, belangrijke nadelen heeft: een monopolie is niet economisch efficiënt. Daarop zijn weer nuanceringen: zo kan een 'echt' natuurlijk monopolie weer wel economisch efficiënt zijn.¹¹⁴

Hoewel het mededingingsrecht dus tenminste ten dele gebaseerd is op economische theorieën, wordt ook getwijfeld aan het nut van deze theorieën bij het ontwikkelen van mededingingsbeleid.¹¹⁵

Indien wordt geconstateerd dat een leveringsweigering tot een schending van het mededingingsrecht leidt, is de consequentie daarvan dat de betreffende onderneming verplicht zal moeten leveren. Daarbij wordt, als in alle gevallen van contractdwang, de contractvrijheid van de betreffende onderneming aangetast. Dat betekent dat het oordeel dat een leveringsweigering in strijd is met het mededingingsrecht niet te lichtvaardig mag worden gegeven, een punt waarop met name bij de bespreking van de essential facilities doctrine werd ingegaan.

In de mededingingsrechtelijke literatuur wordt bovendien aandacht besteed aan het feit dat de verplichting die op een onderneming met machtspositie wordt gelegd om diensten of goederen te leveren, in economische zin ongunstig kan zijn. Met name in het kader van de essential facilities doctrine komt dit punt aan de orde. De vrees is dat concurrenten kunnen profiteren van de investeringen die de onderneming met de machtspositie heeft gedaan en dat dit nieuwe investeringen niet bevordert, noch door de concurrenten (voor hen is immers de noodzaak weg), maar ook niet voor de ondernemingen met een machtspositie (zij lopen het risico anderen gebruik te moeten laten maken van hun faciliteiten).¹¹⁶

De ratio van contractdwang in het mededingingsrecht overlapt deels de ratio van vormen van contractdwang die in specifieke wettelijke regels zijn vastgelegd. In het geval van essential facilities bijvoorbeeld, is geregeld sprake

113 Whish 2003, p. 670.

114 Zie over de economische theorieën die ten grondslag liggen aan het mededingingsrecht o.a.: Whish 2003, p. 3-4, p. 7-12, p. 16 en p. 670; Busche 1999, p. 312-314; Faull & Nikpay 1999, p. 5-8, p. 19-22 en voorts hfdst. 1 en 2 uit Van den Bergh & Camesasca 2001.

115 Faull & Nikpay 1999, p. 5-8 en 24-25; Slot 2004, p. 446-447. Studies naar de effecten van het Europees mededingsbeleid zijn bijv.: Speck & Mulder 2003 (CPB studie naar mededinging op de Europese energiemarkten); Rapporten van de Europese Commissie: 'Economic evaluation of the internal market' 1996 en 'Liberalisation of network industries. Economic implications and main policy issues' 1999.

116 Whish 2003, p. 663 en p. 670. Vgl. ook Faull & Nikpay 1999, p. 120 en p. 152. Zie nader par. 2.2.4 van dit hfdst.

van voorzieningen die van algemeen nut worden geacht. In die gevallen hebben de communautaire en de Nederlandse wetgever vaak al regels uitgevaardigd om de toegang tot dergelijke faciliteiten en/of de beschikbaarheid van de voorzieningen voor de eindgebruikers te waarborgen. In de sectoren energie, post en telecommunicatie bijvoorbeeld is dat gebeurd. Het algemene mededingingsrecht heeft daar dus in beginsel meer een restfunctie.¹¹⁷

Contractdwang als gevolg van toepassing van het mededingingsrecht is een bijkomend gevolg van de handhaving van het mededingingsrecht, dat niet primair gericht is op het sluiten van overeenkomsten. Wel is de grondgedachte de beschikbaarheid van producten en diensten door een open markt en een goede werking van die markt, maar het kunnen sluiten van een overeenkomst is niet het primaire doel van dit deel van het recht. Via het privaatrecht, in de vorm van het vrijelijk kunnen sluiten van overeenkomsten, kan het individu doelen verwezenlijken door bepaalde goederen of diensten te verkrijgen. Het mededingingsrecht heeft in zoverre een parallel doel, dat het beoogt zoveel mogelijk een vrije markt te bewerkstelligen. Indien deze vrijheid er niet is, wanneer er obstakels zijn om tot de markt toe te treden bijvoorbeeld, dan komt er van de contractvrijheid, de vrijheid om doelen te verwezenlijken door het sluiten van overeenkomsten, ook weinig terecht.¹¹⁸

4 CONCLUSIE

Indirecte contractdwang op basis van het mededingingsrecht is niet uitzonderlijk. Als sprake is van misbruik van machtspositie door leveringsweigerings, kan een gebod worden uitgesproken om die levering te hervatten.

Het arrest Bronner lijkt de reikwijdte van de essential facilities doctrine te hebben beperkt, maar dat wil niet zeggen dat het inroepen en/of het toepassen van artikel 82 EG-Verdrag om toegang tot faciliteiten af te dwingen van de baan is, zoals uit het arrest IMS Health en de GVG-beschikking blijkt. De discussie over de essential facilities doctrine laat zien dat er oog is voor de gevaren van een te ruime toepassing ervan en dat wordt nagedacht over de doelen en de consequenties van toepassing van de doctrine (en daarmee wordt naar mijn mening ook nagedacht over verplichtingen om te contracteren op basis van artikel 82 EG-Verdrag in het algemeen).

Indien deze discussie tot gevolg heeft dat verplichtingen om te contracteren minder gemakkelijk worden opgelegd, dan lijkt dat vanuit mijn uitgangspunt dat contractdwang als de meest vergaande beperking op de contractvrijheid niet licht mag worden opgelegd, winst. Dit kan echter schijn zijn. Wordt

117 Wat deze restfunctie precies inhoudt, is overigens niet steeds duidelijk, zie daarover nader hfdst. 2, par. 4.

118 Zie in deze zin ook: Van der Meulen 2003, p. 63; zie over de verhouding tussen het mededingingsrecht en ('algemeine') contractdwang: Busche 1999, p. 301-401.

bijvoorbeeld geen toegangsverplichting gelegd op de beheerder van een bepaalde faciliteit, dan wordt diens contractvrijheid gerespecteerd. De onderneming die graag toegang wenste en daarover probeerde te contracteren daarentegen, wordt beperkt in haar mogelijkheden om te contracteren. Bij de kritiek op de essential facilities doctrine wordt onder andere gewezen op de beperking van de contractvrijheid van de onderneming met machtspositie. Er zijn echter ook nog andere belangen in het geding, waaronder de contractvrijheid van de ondernemingen die toegang wensen en daartoe wensen te contracteren, en in een meer verwijderd verband de belangen van de consumenten, die bij een afgesloten markt wellicht niet de producten of diensten kunnen verkrijgen die ze wensen.

Het gaat, zoals zo vaak, ook hier om een afweging van belangen. Daarbij wordt in het mededingingsrecht, en met name ook bij de overwegingen over de essential facilities doctrine, veel aandacht besteed aan argumenten van economische efficiëntie en de mededinging op de lange termijn. Het probleem is om die argumenten op hun waarde te kunnen schatten. Is het waar dat een verplichting tot het delen van faciliteiten de investeringsprikkels wegneemt en op de lange duur de mededinging schaadt? Is het waar dat het belang van consumenten op de lange duur beter gediend is met een minder makkelijk verplichten van toegang?

In de gevallen waarin contractdwang wordt opgelegd op basis van artikel 82 EG-Verdrag, vormt dat een sanctie op een overtreding van het mededingingsrecht. Zoals hiervoor in paragraaf 3 kort werd aangestipt, kent het mededingingsrecht meerdere doelen. Uiteindelijk komt het dan neer op de vraag of de aangevoerde redenen afdoende zijn om inbreuk te maken op de contractvrijheid van de onderneming met machtspositie. Is het bereiken van de interne markt, politieke integratie, economische efficiëntie, en uiteindelijk het consumentenbelang op de lange termijn voldoende rechtvaardiging voor de inbreuk op de contractvrijheid? Idealiter zou die vraag onder andere beantwoord worden door bevindingen over de vraag naar het effect van het mededingingsrecht. Worden de gestelde doelen ook bereikt? Indien het antwoord daarop bevestigend is, en de doelen als zodanig legitiem worden geacht, dan ligt een bevestigend antwoord op de vraag naar voldoende rechtvaardiging voor de hand. Het probleem is echter dat de effecten van het mededingingsrecht, en overigens ook van sectorspecifiek beleid, en van regelgeving in het algemeen erg moeilijk te meten en te beoordelen zijn.¹¹⁹ Ik richt mij daarom in dit boek voornamelijk op aangevoerde argumenten ter rechtvaardiging van de contractdwang. In dat verband is het mededingingsrecht een terrein waarin men zich in ieder geval rekenschap geeft van de doelen die er aan het recht ten grondslag liggen en trekt men ook het opleggen van contractdwang in twijfel, indien men vreest dat dit zijn doel voorbijschiet.

119 Faull & Nikpay 1999, p. 5-8 en 24-25; Slot 2004, p. 446-447; Hopt 2002, p. 305-306; Noll 1991, p. 62-63.

8 | De totstandkomingsfase

1 INLEIDING

Contractdwang kan kort gezegd worden omschreven als de verplichting van één van de partijen om een overeenkomst te sluiten. Voldoen aan deze verplichting leidt tot het totstandkomen van een overeenkomst. Er zijn echter auteurs, met name in Duitsland, die van mening zijn (of waren, want de discussie is niet recent gevoerd) dat contractdwang niet leidt tot de totstandkoming van een overeenkomst.¹ Veelal wordt immers aangenomen dat voor de totstandkoming van een overeenkomst wilsovereenstemming vereist is. Indien wordt aangenomen dat de wil ontbreekt door de contractdwang, kan geen overeenkomst tot stand komen. De prestatie waartoe wordt verplicht is een blote prestatieplicht, die rechtstreeks op de wet kan worden gebaseerd en waarvoor een contract overbodig is. Mijns inziens is die opvatting niet juist of liever: niet wenselijk, waarover nader paragraaf 2.

In gevallen van contractdwang is geregeld sprake van een openbaar aanbod. Hierover gaat paragraaf 3.

In paragraaf 4 komt artikel 3:40 BW aan de orde en in paragraaf 5 wordt ingegaan op de wilsgebreken. In paragraaf 6 wordt ingegaan op de vraag of de jurisprudentie met betrekking tot afgebroken onderhandelingen contractdwang oplevert.

Ik concentreer mij in dit hoofdstuk op overeenkomsten die worden gesloten met de eindafnemers van de producten of diensten. De totstandkoming, inhoud en uitvoering van 'toegangsovereenkomsten' tussen beheerders van infrastructuur enerzijds en leveranciers, dienstverleners of vervoerders anderzijds, zijn in sterke mate geregeld in sectorspecifieke wetgeving en komen hier niet specifiek aan bod.²

1 Zie daarover nader par. 2 van dit hfdst.

2 Zie nader hfdst. 2, 3 en 4, met name hfdst. 2, par. 4.

2 BLOTE PRESTATIEPLICHT OF CONTRACTEERPLICHT?

2.1 Inleiding

Mijn uitgangspunt is dat contractdwang de verplichting inhoudt om een overeenkomst te sluiten. Er bestaat echter een opvatting die er van uitgaat dat het – zeker in bepaalde gevallen van contractdwang – helemaal niet gaat om de plicht tot het sluiten van een overeenkomst, maar om blote prestatieplichten.³ In dat laatste geval komt er dus geen overeenkomst tot stand. In mijn opvatting gaat het in die gevallen dus ook niet over contractdwang. In de volgende paragraaf ga ik eerst in op de argumenten die pleiten voor het aannemen van een prestatieplicht, direct gebaseerd op de wet, en zonder dat daarvoor het (verplicht) sluiten van een overeenkomst noodzakelijk is. Vervolgens geef ik aan waarom naar mijn mening die opvatting niet juist is. Volgens mij vormt het sluiten van de overeenkomst een onmisbare stap tussen de prestatieplicht zoals die in de wet staat en de uitvoering daarvan. De wettelijke prestatieplicht kan worden beschouwd als een contracteerplicht.

2.2 Blote prestatieplicht

De reden dat wel gemeend wordt dat het bij contractdwang gaat om blote prestatieplichten en niet om de plicht om een overeenkomst te sluiten, is onder andere de formulering van contractdwang in wettelijke bepalingen. Hieronder volgen enige voorbeelden van wetsbepalingen die contractdwang met zich mee brengen.

Artikel 2 Postwet

1. Ter waarborging van een goede postale dienstverlening is de houder van de concessie verplicht om voor een ieder in Nederland het postvervoer van een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen omvang, met inbegrip van bij die maatregel aangewezen postvervoerdiensten, binnen Nederland en van of naar gebieden buiten Nederland, te verrichten, voorzover dit postvervoer betrekking heeft op postzendingen die in voor het publiek bestemde brievenbussen van de houder van de concessie zijn gedeponneerd of bij daartoe bestemde inrichtingen van de houder van de concessie zijn afgegeven.

3 Bydlinski 1980a, p. 3-4, met verwijzingen.

Artikel 95b Elektriciteitswet

1. Een houder van een vergunning heeft de plicht op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit aan iedere in artikel 95a, eerste lid, bedoelde afnemer die daarom verzoekt. (...)

Artikel 44 Gaswet

Een houder van een vergunning heeft de plicht op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van gas aan iedere in artikel 43, eerste lid, bedoelde afnemer die daarom verzoekt (...).

Artikel 30 lid 4 Wp 2000

De houder van een concessie, verleend door een concessieverlener als bedoeld in artikel 20, tweede of vierde lid, is verplicht reizigers te vervoeren die daartoe beschikken over een voor het concessiegebied geldig nationaal vervoerbewijs tegen het daarbij behorende tarief.

Artikel 11 Gerechtsdeurwaarderswet

De gerechtsdeurwaarder is te allen tijde verplicht in het gehele arrondissement waarin zijn plaats van vestiging is gelegen de ambtshandelingen waartoe hij bevoegd is, te verrichten wanneer hierom wordt verzocht, tenzij:

- a. met het oog op zijn persoonlijke omstandigheden dit redelijkerwijs niet van hem kan worden verlangd, of
- b. de verzoeker niet bereid is het krachtens deze wet door de gerechtsdeurwaarder aan hem gevraagde voorschot voor het verrichten van ambtshandelingen te voldoen.

Artikel 13 Advocatenwet

1. De rechtzoekende die niet of niet tijdig een advocaat bereid vindt hem zijn diensten te verlenen in een zaak, waarin vertegenwoordiging door een advocaat is voorgeschreven dan wel bijstand uitsluitend door een advocaat of procureur kan geschieden, kan zich wenden tot de deken van de orde van advocaten in het arrondissement waar de zaak moet dienen, met het verzoek een advocaat aan te wijzen.
2. De deken kan het verzoek alleen wegens gegronde redenen afwijzen. Hij kan een aanwijzing op grond van bijzondere redenen wijzigen of intrekken. (...)
4. De aangewezen advocaat is verplicht zijn diensten te verlenen.

Artikel 21 Wet op het notarisambt

1. De notaris is verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten, behoudens het bepaalde in het tweede lid.
2. De notaris is verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.

Indien men de tekst van deze bepalingen leest, dan staat er respectievelijk: een plicht tot het verrichten van postvervoerdiensten, het leveren van elektriciteit, het vervoeren van reizigers en als laatste de ministerieplicht van verschillende vrije beroepen. Louter tekstueel gezien staan er dus prestatieplichten en geen plichten tot het sluiten van een overeenkomst.

Naast het feit dat de formulering van de wettelijke bepalingen het mogelijk maakt om aan blote prestatieplichten te denken, is er nog een meer principiële reden om hiervan uit te gaan. Men treft in de Duitstalige literatuur de opvatting aan dat in geval van contractdwang geen sprake kan zijn van de totstandkoming van een overeenkomst, omdat de 'Privatautonomie' dan zoveel geweld wordt aangedaan dat dit type van 'Gütertausch' niet binnen het privaatrecht thuis hoort.⁴ Het is geen privaatrechtelijke figuur, laat staan een overeenkomst.

Bovendien kan het resultaat, de verlangde prestatie, direct op grond van de wet worden bereikt. De contractdwang, die uitgaat van het sluiten van een overeenkomst, is dan een nodeloze omweg.⁵

Niet alleen in het Duitse, ook in het Nederlandse recht heeft men moeite gehad met het aanvaarden van (het privaatrechtelijk karakter van) overeenkomsten gesloten onder verschillende vormen van dwang.⁶ Dat heeft steeds te

4 Zie hierover bijvoorbeeld, met name met betrekking tot verkeer en energie: Siebert 1953, p. 232-235. Siebert is zelf van mening dat het hier niet gaat om het afsluiten van een contract in de betekenis van het BGB. Hij stelt vervolgens de vraag of het niet gaat om publiekrechtelijke middelen om eerste levensbehoeften te vervullen. Hij vindt ook dat massa-'contracten', zoals tussen de openbaar vervoerder en de vele reizigers, niet in de vorm van het BGB gestalte kunnen krijgen, omdat het contract in het BGB uitgaat van individuele contractsluiting met wilsovereenstemming. Deze laatste opvatting is inmiddels achterhaald; ook bij vele gelijksoortige transacties op een dag, kan van contracten worden gesproken.

5 Molitor 1923, met name p. 26 e.v. Op de laatste pagina (p. 32) noemt hij contractdwang een 'zwecklosen und unsinnigen Rechtsform'.

6 Duynstee 1957, p. 48-49; Kamphuisen 1957, p. 15-16; Scholten 1983, p. 64. Het gaat dan niet steeds om gevallen van contractdwang. Zo wordt bijvoorbeeld gesproken over de gebondenheid van werknemers en werkgevers aan een CAO die verbindend is verklaard. In dit geval is er naar mijn idee geen sprake van contractdwang. Het algemeen verbindend verklaren van een CAO heeft invloed op de inhoud van de al gesloten arbeidsovereenkomst en ook op de inhoud van de nog te sluiten arbeidsovereenkomst, maar verplicht niet tot het sluiten van die overeenkomst als zodanig. Er is inmiddels een nieuwe druk van deze

maken met de autonomie van het individu (waarvan het vereiste van wilsovereenstemming een uiting is) die zou ontbreken. Hoewel het vereiste van wilsovereenstemming, consensus, uit het klassieke Romeinse recht dateert,⁷ nam het met name in de 19e eeuw een grote vlucht, omdat het werd gezien als een uiting van de autonomie van personen in het contractenrecht.

Overigens kan de redenering dat het gaat om prestatieplichten sec en niet om contracteerplichten, alleen opgaan in gevallen van directe contractdwang. Indien sprake is van indirecte contractdwang⁸ is er geen wetsbepaling voorhanden waarin prestaties omschreven staan en valt een blote prestatieplicht nergens op te baseren.

2.3 Het verplicht sluiten van een contract past binnen het systeem

2.3.1 *Contractdwang past binnen privaatrecht*

Een beperking van de contractvrijheid wil nog niet zeggen dat de ruil van goederen en diensten die plaatsvindt, dan maar meteen buiten het privaatrecht geplaatst moet worden, zoals in het verleden wel is beweerd. Men was zozeer doordrongen van de gedachte van de contractvrijheid, dat een door de wetgever (en daarmee overheid) opgelegd contract niet binnen het privaatrecht, toch het terrein waar de overheid niets te zoeken had, thuis hoorde.⁹

Contractdwang is een vergaande beperking van de contractvrijheid, maar hoort nog wel thuis binnen het systeem van het privaatrecht. De contractvrijheid is niet het enige principe waarop de privaatrechtelijke uitwisseling van goederen steunt. Het is één van de elementen.¹⁰

Contractvrijheid is onder andere uitgewerkt in het gegeven dat er sprake moet zijn van wilsovereenstemming bij het sluiten van een overeenkomst. Met name het vermeend ontbreken van wilsovereenstemming heeft ertoe geleid dat men vond dat onder contractdwang geen overeenkomst tot stand kon komen. Dit bezwaar valt enerzijds te relativeren door te beseffen dat er veel kritiek is op het stellen van het vereiste van wilsovereenstemming, waarbij met name het primaat van de wil wordt bestreden.¹¹ Gebondenheid aan een overeenkomst uit vrije wil moet niet op een voetstuk worden geplaatst, want het is niet de enige grondslag voor gebondenheid aan een overeenkomst.

monografie, van de hand van J.M. Smits, waarin deze voorbeelden niet meer voorkomen.

7 Zimmerman 1990, p. 564-565.

8 Zie hfdst. 1.

9 Nipperdey 1920, p. 23-24 maakt al melding van deze opvatting. Zie ook bijvoorbeeld, met name met betrekking tot verkeer en energie: Siebert 1953, p. 232-235.

10 Vgl. Bydlinski 1980a, p. 5-6, volgens wie de contractdwang een grensgeval is: de uiterste beperking van contractvrijheid die nog binnen het privaatrecht past.

11 Zie bijv. Hijma 1988, p. 29 e.v.; Nieuwenhuis 1999, p. 23; Chao-Duivis 2000, p. 45-46, 56-57; Vranken 2000, p. 153-154.

Anderzijds is, ondanks de kritiek, wilsovereenstemming wel degelijk nog het uitgangspunt van ons systeem. Dat betekent dat bezwaren tegen contractdwang gebaseerd op het feit dat aan de eis van wilsovereenstemming niet is voldaan, serieus moeten worden genomen. Ik ben echter van mening dat de *contractvrijheid* wel wordt ingeperkt door contractdwang, maar dat er geen inbreuk wordt gemaakt op het vereiste van *wilsovereenstemming*. Hier ga ik in de volgende subparagraaf nader op in.

2.3.2 Contractdwang betekent niet dat er geen wilsovereenstemming is

Ik ben van mening dat in de gevallen waar contractdwang voorkomt, wel degelijk wilsovereenstemming bestaat. Ten eerste betekent het bestaan van een contracteerplicht niet per definitie dat de wil om te contracteren ontbreekt. Het feit dat iemand gedwongen wordt een overeenkomst te sluiten, wil niet automatisch zeggen dat hij die overeenkomst zonder die dwang niet had willen sluiten. In die gevallen waarin wel contractdwang wordt ondervonden, maar degene die wil contracteren dat ook zonder het bestaan van de contractdwang gedaan zou hebben, mag gevoeglijk worden aangenomen dat de vereiste wil aanwezig is en dat de overeenkomst tot stand komt door middel van wilsovereenstemming.

Het eventueel ontbreken van wilsovereenstemming zal zich derhalve alleen manifesteren in de gevallen waarin de verplichte persoon nooit de overeenkomst gesloten zou hebben, ware hij daar niet toe gedwongen. Dat staat echter niet in de weg aan het totstandkomen van de overeenkomst. Als uitgangspunt neem ik de wil-vertrouwensleer zoals die in het wetboek is vastgelegd. De overeenkomst komt tot stand indien voldaan is aan de vereisten van art. 6:217 BW en art. 3:33 jo 3:35 BW. Aanbod en aanvaarding zijn rechtshandelingen waarop het stelsel van de wilsvertrouwensleer van toepassing is. Indien wil en verklaring overeenstemmen, komt een overeenkomst tot stand.¹² Het gaat dan om één wilsmoment, namelijk het moment van uiten van de verklaring.

De conclusie dat de partij die contractdwang ervaart, niet gebonden kan zijn aan de overeenkomst, omdat de wil ontbreekt, valt niet te baseren op artikel 3:33 BW. In een geval van contractdwang verklaart de verplichte te contracteren. Kan dan worden gezegd dat wil en verklaring niet met elkaar overeenstemden? Mijns inziens niet. Het is geen geval van discrepantie van wil en verklaring als bedoeld in artikel 3:33 BW. De wil zoals die vereist wordt in artikel 3:33 BW betekent niet anders dan dat iemand een verklaring aflegt zoals hij die bedoelt. Over de verdere zieleroerselen van de persoon die de verklaring aflegt, zegt het niks. Het kan zeer wel zo zijn dat de wil om te contracteren in beginsel ontbreekt, maar uiteindelijk legt de verplichte de

12 Mocht een discrepantie bestaan tussen wil en verklaring, dan kan de overeenkomst toch tot stand komen, wanneer het vertrouwen van de andere voldoende is om beschermenswaardig te zijn volgens art. 3:35 BW.

verklaring af die leidt tot de overeenkomst. Het gaat dan niet om een verschrijving of een vergissing of het gebruik van een voor misverstand vatbare uitdrukking of één van de andere gevallen waar artikel 3:33 BW op ziet. Ik denk dan ook dat men op het niveau van de totstandkoming van de rechtshandeling moet zeggen dat de wil bij de verplichte wel degelijk aanwezig is en wel omdat hij meent aan de dwang gehoor te moeten geven en een dienovereenkomstige verklaring aflegt.¹³ Dat besluit is voldoende om wilsovereenstemming aan te kunnen nemen.

Men kan zich natuurlijk wel afvragen of de vrije wil niet te zeer geknecht wordt door de contractdwang. Het gaat dan echter over een ander wilsbegrip, namelijk de vrijheid van het individu om al dan niet overeenkomsten te sluiten, de vrijheid om zich ook binnen de regels van het privaatrecht in vrijheid te ontplooiën en te ontwikkelen. Dat heeft ook met de vrije wil van de mens te maken, maar op een fundamenteeler niveau. De vraag hoe en of een overeenkomst tot stand komt, is in de eerste plaats een afspraak, een regel, die gemaakt is omdat we dat moeten kunnen vaststellen om redenen van rechtszekerheid en praktisch nut. De overeenkomst is het middel om allerhande betrekkingen te regelen en vorm te geven, met name de uitwisseling van goederen. Dit is een al oude notie.¹⁴ De wetgever heeft gekozen voor het stelsel van wil en gerechtvaardigd vertrouwen en daarmee werken we.¹⁵ Met dit instrumentarium heb ik geen moeite.

Uit het oogpunt van contractvrijheid kan men echter terecht vraagtekens zetten bij het gerechtvaardigd zijn van contractdwang. Dat heeft in zoverre

13 Zie over de vraag of de wil wellicht gebrekkig is gevormd par. 5 van dit hfdst.

14 Zimmerman 1990, p. 566-567.

15 Hoewel de wetgever zelf van mening was dat hij geen keuze maakte voor een bepaalde leer. De artikelen 3:33 en 3:35 BW zijn volgens de wetgever meer concreet van aard en bieden rechtspraak en doctrine voldoende mogelijkheden om wil, verklaring en vertrouwen zo uit te leggen als wordt gewenst. Tevens werd geconstateerd dat er in de doctrine geen eenstemmigheid was. Antwoord Eindverslag I, *Parl. Gesch.*, Boek 3 NBW, p. 169. Volgens mij is die er nog steeds niet. Ook valt mijns inziens niet te ontkennen dat het stelsel van 3:33 en 3:35 als uitgangspunt neemt de wil (die zich door verklaring heeft geopenbaard). In de opmerking dat het gaat om een concrete vraag die is beantwoord door de wetgever en niet zozeer een oordeel over een theorie die de gebondenheid aan de overeenkomst verklaart, kan ik mij echter in zoverre heel goed vinden, dat ook ik 3:33 en 3:35 als instrumenten zie en van mening ben dat een eenstemmig antwoord op de vraag welke theorie gebondenheid het beste verklaart er niet is en ook niet mogelijk is. Reden daarvoor is dat het overeenkomstenrecht verschillende doelen dient: zowel de vrijheid van het individu, als rekening houden met belangen van anderen, als rechtzekerheid (iemand aan een verklaring kunnen houden), als ook noties van rechtvaardigheid. Dit zijn doelen die in een concreet geval tegenstrijdige uitkomsten kunnen opleveren. Daardoor is het niet goed mogelijk om met een theorie vanuit één perspectief te volstaan. Zie ook Bydlinski, die van mening is dat het privaatrecht niet vanuit één beginsel kan worden verklaard. Hij noemt vier beginselen die op elkaar inwerken. In de eerste plaats is er uiteraard het beginsel van de Privatautonomie. Het tweede beginsel is het opgewekte vertrouwen. In de derde plaats dient er sprake te zijn van enige rechtvaardige verdeling. Als vierde principe noemt hij de gebondenheid aan het gegeven woord. Bydlinski 1980a, p. 7-8.

met de totstandkoming van de overeenkomst te maken dat de eis van wilsovereenstemming wordt gezien als een uitwerking van de contractvrijheid en de autonomie van het individu. Indien de eis van wilsovereenstemming wordt verklaard uit het recht willen doen aan de contractvrijheid, dan betekent dit dat de vraag is of de contractvrijheid nog voldoende wordt gerespecteerd indien sprake is van contractdwang.¹⁶ De vraag is niet of de innerlijke ziele- roerselen van de contractant voldoende tot uiting zijn gekomen.

Dat de contractvrijheid wordt beperkt doet echter niets af aan het feit dat wanneer contractdwang bestaat, en men deze dwang in het recht onder bepaalde omstandigheden toestaat, de contractdwang niet in de weg staat aan de geldigheid van de overeenkomst. De relatie die tot stand is gekomen onder contractdwang is naar mijn mening dus een geldige overeenkomst. De relevante vraag die resteert is die naar de rechtvaardiging van de beperking die contractdwang op de contractvrijheid maakt.

2.4 Aannemen van contract wenselijk

2.4.1 *Inleiding*

De consequentie dat, doordat sprake is van contractdwang, van wilsovereenstemming geen sprake kan zijn, is mijns inziens ook praktisch gezien onwenselijk. Dat zou betekenen dat in sommige gevallen, namelijk in het geval waarin de verplichte partij daadwerkelijk niet zou hebben gecontracteerd als er geen contractdwang was geweest, geen sprake zou zijn van een overeenkomst. Dat impliceert dat in een aantal gevallen betrekkingen met bijvoorbeeld een vervoersbedrijf of een energiebedrijf geen overeenkomsten zouden zijn. Men kan dan concluderen tot een verbintenis uit de wet of een rechtsverhouding sui generis. Dat laatste is een weinig fraaie methode die bovendien niets oplost, omdat er dan uiteindelijk toch bij de bepalingen van het overeenkomstenrecht zal worden aangehaakt. Ook indien men uitgaat van een verbintenis uit de wet, zal men deze verbintenis nader moeten invullen.

2.4.2 *Overeenkomst is meer dan prestaties over en weer*

Voorts is een argument om te concluderen tot een contracteerplicht, en niet louter van blote prestatieplichten te spreken, dat een overeenkomst vaak meer behelst dan alleen de prestaties die over en weer moeten worden verricht. De overeenkomst regelt de rechtsbetrekking tussen partijen in het geheel. Het

16 Vgl. Nieuwenhuis die van mening is dat de oplossing van de vraag naar de gebondenheid aan de overeenkomst gevonden moet worden door op het niveau van beginselen naar de gebondenheid te kijken, eerder dan naar de eisen van totstandkoming als zodanig. Nieuwenhuis 1979, o.m. p. 12-13.

is gekunsteld om bij gevallen waarin over en weer bepaalde prestaties worden verricht niet het bestaan van een overeenkomst aan te nemen.¹⁷ De nadere invulling van het contract staat ook niet in de wet. Niet steeds is uit de wettelijke bepaling af te leiden wat nu precies geleverd moet worden, voor welke prijs en jegens wie.¹⁸

Bovendien is recht hebben op de prestatie nog niet hetzelfde als contractant zijn. Bij eenvoudige overeenkomsten, bijvoorbeeld bij het kopen van een brood, is het van weinig belang waarop de uitwisseling van brood en geld gebaseerd is. Maar zodra de contractuele verhoudingen ingewikkelder worden of zich over een langere periode uitstrekken, is het eventueel kunnen afdwingen van de prestatie niet meer afdoende, maar wil met name de gerechtigde tot de prestatie graag in een contractuele rechtsverhouding staan. Dit lijkt me overigens ook voor de (gedwongen) wederpartij een duidelijker positie.

Een voorbeeld ontleend aan Bydlinski vormt de aspirant-verzekeringnemer aan wie een aansprakelijkheidsverzekering wordt geweigerd. Indien deze weigering onterecht blijkt, en er vindt een ongeluk plaats, dan zou de verzekeringsmaatschappij aangesproken kunnen worden op grond van het onrechtmatig weigeren van het sluiten van de overeenkomst, ervan uitgaande dat de verzekeringsmaatschappij contractdwang ondervindt. Op die grond zou dan schadevergoeding kunnen worden gevorderd, waarbij de schadevergoeding bestaat uit het bedrag dat de verzekeraar zou uitkeren, ware het verzekeringscontract wel gesloten. Dit voldoet echter niet aan de wens van de aspirant-verzekeringnemer. Deze wil niet de mogelijkheid om als het eenmaal misgaat in rechte de verzekeringsmaatschappij aan te spreken. De verzekeringsnemer wil weten dat alles geregeld is indien er schade ontstaat. Hij wil derhalve een contract hebben gesloten vóórdat de schade intreedt.

2.4.3 Verklaring verschaft duidelijkheid

Een ander argument tegen het uitgaan van blote prestatieplichten is, dat partijen die een overeenkomst sluiten, daaraan uiting geven door het afleggen van een verklaring. Dit geldt ook voor de partij die gedwongen contracteert. Die verklaring kan meer of minder expliciet zijn. Met name wanneer diegene die verplicht is de overeenkomst te sluiten, expliciet uitspreekt de overeenkomst te sluiten, heeft dat als voordeel dat beide partijen weten waar ze aan toe zijn en over welk contract ze het precies hebben. Bovendien blijkt uit de verklaring van degene die verplicht is de overeenkomst te sluiten, dat hij zich

¹⁷ Nipperdey 1920, p. 89-90.

¹⁸ Bydlinski 1980b, p. 378, p. 384-385; Nipperdey 1920, p. 87-88.; Kilian 1980, p. 80. Ook Klik noemt als voordeel van het uitgaan van de plicht tot het sluiten van een overeenkomst dat men voor de vaststelling van de concrete rechten en plichten binnen een contractueel kader kan blijven. Hij wijst er op dat de wettelijke bepaling wel van belang is bij de toetsing van de contractsinhoud. Klik 1992, p. 21-22. Voorzover de wet voorwaarden geeft zullen deze inderdaad in het contract moeten worden nageleefd.

bewust is van het feit dat hij de overeenkomst moet sluiten, zich dus bewust is van de consequenties van de contractdwang. De contractdwang die anders nog vrij abstract blijft, wordt geconcretiseerd doordat de verplichte een wilsverklaring aflegt.¹⁹ Die verklaring blijkt in veel gevallen van contractdwang uit het bekendmaken van de voorwaarden waaronder wordt gecontracteerd. TPG Post maakt de tarieven en overige voorwaarden voor briefbezorging bekend, plaatst rode brievenbussen, en legt daarmee een verklaring af, die een openbaar aanbod inhoudt.

Feitelijk is de gedachte dat er sprake moet zijn van een overeenkomst dus zeer aantrekkelijk. Polak zegt het als volgt: 'Ons juridisch constructievermogen is gering; het is altijd weer verleidelijk verplichtingen terug te leiden tot den eigen wil van dengene, op wien ze rusten en het maakt voor den wetgever verdere regeling overbodig.'²⁰ In de praktijk wordt ook van het bestaan van overeenkomsten uitgegaan.²¹ Relaties die ontstaan in situaties waarin contractdwang bestaat, worden door beide partijen, maar ook door rechters, beschouwd als overeenkomsten. De volgende paragraaf gaat daarover.

2.5 De praktijk

2.5.1 Inleiding

In de praktijk blijkt dat steeds van het bestaan van een overeenkomst wordt uitgegaan, ook indien de betreffende relatie onder contractdwang tot stand is gekomen. Contractdwang wil zeggen: de verplichting om te contracteren. In deze subparagraaf wordt als het ware terug geredeneerd: uit het bestaan van een contractuele relatie in gevallen waarin contractdwang is opgelegd, valt af te leiden dat ook daadwerkelijk gecontracteerd is. De volgende voorbeelden van overeenkomsten die gesloten zijn onder contractdwang dienen in de eerste plaats om aan te tonen dat men in de praktijk geen problemen heeft met het kwalificeren van deze relaties als overeenkomsten. De vraag of deze overeenkomsten net zo worden behandeld als overeenkomsten die zonder contractdwang tot stand zijn gekomen, komt aan de orde in hoofdstuk 9.

2.5.2 Energie

Tegenwoordig worden door de afnemer van energie twee overeenkomsten gesloten, respectievelijk met de netbeheerder en met de leverancier.

¹⁹ Bydlinski 1980a, p. 21-22.

²⁰ Polak 1947, p. 14.

²¹ Bydlinski 1980a, p. 1-46, p. 19-21; Atiyah 1979, p. 735-744.

De Model algemene voorwaarden²² stellen dat aansluiting en/of transport geschieden uit hoofde van een overeenkomst tussen de netbeheerder en de afnemer/netgebruiker. De overeenkomst gaat in op de dag waarop de afnemer de aansluiting aanvraagt of de beschikking heeft over een aansluiting, danwel ten behoeve van de netgebruiker transport wordt verricht of is aangevraagd.²³ De algemene voorwaarden van de partij die de contractdwang ondervindt, de netbeheerder, gaan dus uit van het totstandkomen van een overeenkomst, ook al is er sprake van contractdwang.

Dat er een overeenkomst tot stand komt tussen energieleverancier en afnemer wordt bij mijn weten niet betwist, ook al is er sprake van contractdwang.²⁴ De Hoge Raad en de Raad van State hebben vroeger reeds uitgemaakt dat het inderdaad gaat om een (privaatrechtelijke) overeenkomst.²⁵ De Model algemene voorwaarden die gelden tussen leverancier en huishoudelijke afnemer, waarvoor vooralsnog contractdwang bestaat, bepalen dan ook dat levering geschiedt uit hoofde van een overeenkomst tussen de leverancier en de afnemer.²⁶

2.5.3 Openbaar vervoer

Tussen de reiziger en de openbaar vervoerder komt een vervoersovereenkomst tot stand, ook al ondervindt de openbaar vervoerder contractdwang. Voor de overeenkomst van *openbaar* vervoer zijn in afdeling 8.2.5 BW enige specifieke regels opgenomen (art. 8:100 t/m 8: 116 BW). Artikel 8:100 lid 1 luidt:

1. De overeenkomst van personenvervoer in de zin van deze afdeling is de overeenkomst van personenvervoer, waarbij de ene partij (de vervoerder) zich tegenover de andere partij verbindt aan boord van een vervoermiddel, geen luchtvaartuig noch luchtkussen voertuig zijnde, een of meer personen (reizigers) en al dan niet

22 De Model algemene voorwaarden worden vastgesteld door EnergieNed, de brancheorganisatie voor alle bedrijven die in Nederland actief zijn in productie, transport, handel of levering van gas, elektriciteit en/of warmte. De Model algemene voorwaarden zijn te downloaden op <www.energiened.nl>, onder publicaties, juridisch. Er zijn verschillende model algemene voorwaarden voor gas en elektriciteit. In de eerste plaats zijn er verschillende sets voorwaarden al naar gelang het gaat om de verhouding tussen de netbeheerder/transporteur en de leverancier, of de verhouding tussen de leverancier en de verbruiker/afnemer. Ten tweede wordt onderscheid gemaakt tussen voorwaarden die worden opgenomen in contracten met zakelijke afnemers danwel in contracten met huishoudelijke afnemers.

23 Art. 6 Model algemene voorwaarden aansluiting en transport gas 2000 en elektriciteit 2000 voor huishoudelijke afnemers/netgebruikers en transport elektriciteit voor huishoudelijke afnemers 2000 en art. 7 Model algemene voorwaarden aansluiting en transport elektriciteit 2000 voor zakelijke afnemers, niet-producenten.

24 Wijting 2001, p. 108; Loos 1998a, p. 33.

25 HR 11 november 1960, NJ 1960, 599 en HR 20 december 1974, NJ 1975, 221; ARRvS 6 mei 1980, AB 1980, 603 en de Vz. ARRvS 28 april 1982, AB 1984, 449.

26 Art. 2 Model algemene voorwaarden voor de levering van gas alsmede de Model algemene voorwaarden voor levering van elektriciteit 2000 voor huishoudelijke afnemers.

hun handbagage binnen Nederland hetzij langs spoorstaven hetzij op andere wijze en dan volgens een voor een ieder kenbaar schema van reismogelijkheden (dienstregeling) te vervoeren.

Afdeling 8.2.4 BW gaat over de overeenkomst van personenvervoer in het algemeen, hetgeen dus ruimer is dan de overeenkomst van openbaar personenvervoer. De bepalingen van afdeling 4 gelden ook voor de overeenkomst van openbaar personenvervoer, voorzover in afdeling 5 niet een afwijkende regeling is opgenomen. Vooral de artikelen 8:88 en 8:89 BW uit afdeling 4 over de opzegging van de overeenkomst van personenvervoer komen hierna nog aan de orde.

De openbaar vervoerder doet een openbaar aanbod, gericht tot het publiek. Het meest duidelijk geeft de reiziger blijk van aanvaarding van het aanbod van de openbaar vervoerder door een kaartje te kopen, dat is meteen het moment van het sluiten van de overeenkomst. De vraag is of ook een vervoersovereenkomst tot stand komt als er niet betaald wordt, meestal wordt aangenomen dat dit inderdaad het geval is.²⁷

2.5.4 Post

Tussen de verzender van de post en TPG Post komt een overeenkomst tot stand.²⁸ TPG Post plaatst brievenbussen, dat is te beschouwen als een openbaar aanbod. Op de postkantoren en andere verkooppunten zijn de postzegels te verkrijgen alsmede informatie over de kosten van verzending per gewicht. De voorwaarden worden derhalve bekend gemaakt. Wanneer de verzender een brief post, accepteert hij of zij het openbaar aanbod en komt de overeenkomst tot stand.

TPG Post hanteert verschillende algemene voorwaarden, afhankelijk van het soort postzending. Voor het zogeheten opgedragen postvervoer, waarvoor de wettelijke contractdwang geldt, gelden specifieke algemene voorwaarden. De overige sets voorwaarden zijn in het kader van contractdwang minder interessant en blijven hier buiten beschouwing.

Artikel 2 van de Algemene voorwaarden opgedragen postvervoer bepaalt dat de overeenkomst tot opgedragen postvervoer tot stand komt door een postzending in een brievenbus te deponeren dan wel op een postvestiging af te geven. De algemene voorwaarden van TPG, de partij die op wie de contractdwang rust, gaan dus ook voor postvervoer waarvoor contractdwang geldt uit van het totstandkomen van een overeenkomst.

27 T&C BW, Lankhorst, art. 100, aant. 3. Zie ook: Rb. Utrecht 18 december 2002, *TvC* 2003, p. 58 e.v., onderdeel 4.1. van de uitspraak.

28 In Duitsland, waar contractdwang voor post al lang bestaat, werd in 1940 aangenomen dat postbezorging geschiedde op basis van een overeenkomst, al gingen er stemmen op die pleiten voor het aannemen van een öffentlich-rechtliche prestatie, Schenk 1940, p. 10.

2.5.5 Telefonie

Voor vaste telefonie aangeboden door KPN geldt eveneens dat er een overeenkomst tot stand komt met de afnemer. Artikel 3 van de Algemene voorwaarden vaste telefoondienst van KPN bepaalt dat een aansluiting wordt aangevraagd door invulling en ondertekening van een daarvoor bestemd formulier. De aanvrager dient zich op verzoek van KPN op een daarbij aan te geven wijze te identificeren, alsmede overige voor de beoordeling van de aanvraag door KPN benodigde gegevens te verstrekken. De overeenkomst komt tot stand op de datum van ontvangst van de schriftelijke bevestiging van KPN dat de aanvraag is geaccepteerd, tenzij anders is overeengekomen, aldus nog steeds artikel 3 van de algemene voorwaarden.

Gezien deze bepaling doet KPN overigens geen openbaar aanbod. Er kan geen sprake zijn van een openbaar aanbod indien er een voorbehoud van acceptatie wordt gemaakt, en dat lijkt hier wel het geval. KPN beslist op de aanvraag, dus het enkele invullen van het formulier is niet voldoende om een overeenkomst te laten ontstaan.

2.5.6 Vrije beroepsbeoefenaren

De contractdwang die zich voordoet bij vrije beroepsbeoefenaren resulteert eveneens in het sluiten van een overeenkomst.²⁹ Bij de notaris, de deurwaarder en de advocaat gaat het om de overeenkomst van opdracht. Er is wel eens twijfel geweest of ook ambtshandelingen op basis van een overeenkomst werden verricht, vanwege het feit dat zij bij wet worden opgedragen.³⁰ Voor de notaris vermeldt de Wet op het notarisambt nu expliciet in artikel 16 dat de werkzaamheden op basis van een overeenkomst worden verricht.³¹ In de memorie van toelichting bij de Gerechtsdeurwaarderswet staat dat de verplichting van de gerechtsdeurwaarder om zijn diensten te verlenen op de wet is gebaseerd en niet op wilsovereenstemming met de opdrachtgever. De opdracht is de voorwaarde waardoor de plicht in een concreet geval ontstaat.³² Hieruit valt af te leiden dat de ministerieplicht een wettelijke verplichting is en de uitvoering plaatsvindt via de overeenkomst van opdracht.³³ Ook bij de overige vrije beroepsbeoefenaren is er geen twijfel (meer) dat ook indien er op grond van de ministerieplicht gehandeld moet worden, dat gebeurt op basis van een overeenkomst van opdracht. De arts en de patiënt sluiten een

29 Zie voor notaris-cliënt en advocaat-cliënt: Bijzondere contracten XIV (Van Neer-vd Broek), Inleiding Opdracht/lastgeving, nr. 8 sub b, onder bb en cc, met vermelding van oudere jurisprudentie en literatuur.

30 Zie voor de gerechtsdeurwaarder bijvoorbeeld: Legel 1991, p. 35-36.

31 Huijgen & Pleysier 2001, p. 152.

32 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 775, nr. 3, p. 17-18.

33 Zie ook HR 20 november 1981, NJ 1982, 174, waarin de Hoge Raad uitgaat van het bestaan van een overeenkomst van opdracht tussen opdrachtgever en deurwaarder.

geneeskundige behandelingsovereenkomst, geregeld in art. 7: 446 e.v. BW, hetgeen een species is van de overeenkomst van opdracht. De apotheker en de patiënt sluiten een gemengde overeenkomst koop-opdracht, zoals in hoofdstuk 5 reeds aan de orde is gekomen. De Modelregeling openbaar apotheker – patiënt³⁴ bepaalt in artikel 3 dat de apotheker met een patiënt die te kennen heeft gegeven farmaceutische zorg te willen ontvangen een overeenkomst aangaat. Deze overeenkomst komt tot stand, aldus het artikel, door inschrijving van de patiënt bij de gekozen apotheek.

2.5.7 Verzekering

Tussen verzekeraar en verzekerde komt een overeenkomst tot stand, ook indien een acceptatieplicht geldt.³⁵ Bij de standaardpakketpolis vult de verzekerde een formulier in, waarna de verzekeringsmaatschappij controleert of de betreffende persoon aan de voorwaarden voldoet om in aanmerking te komen voor deze verzekering. Indien dit het geval is, wordt de aanvraag geaccepteerd.

2.6 Van sluiten van contract naar contracteerplicht

Het is in theorie mogelijk, ook bij contractdwang die in de wet staat opgenomen, dat een partij het contract niet sluit, maar alleen de omschreven prestatie verricht. In die zin zijn de wettelijke prestatieplichten niet helemaal gelijk te stellen met contracteerplichten. In het voorgaande is echter gebleken dat in de eerste plaats juridisch geen probleem bestaat om de gedwongen totstandkoming van een overeenkomst aan te nemen. Ten tweede is beargumenteerd dat het niet wenselijk is dat er geen overeenkomst tot stand komt, ook niet voor degene die de contractdwang ervaart. Bovendien is duidelijk geworden dat in de praktijk de betreffende overeenkomsten wel degelijk worden gesloten. Tot slot moet worden bedacht dat de wetgever niet bewust alleen de prestaties beschrijft, zonder daarbij te expliciteren dat er een overeenkomst moet worden gesloten. De wetgever denkt daar óf niet over na, óf hij gaat ervan uit dat dit vanzelf spreekt. Het gaat ook vaak om de regulering van een bepaalde sector, waarbij men zich met name bekommert om de voorzieningszekerheid. Vanuit die invalshoek is logisch dat men de prestaties die moeten worden verricht beschrijft, en minder oog heeft voor de privaatrechtelijke component. Men neemt als het ware automatisch mee, dat er nog het sluiten van een overeenkomst 'tussen zit'.

34 Modelregeling opgesteld door de Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering van Pharmacie (KNMP) en Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (NPCF), met de status van een zwaarwegend advies.

35 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 74, waar hij in het kader van acceptatieplichten spreekt over de vrijheid om al dan niet een verzekeringsovereenkomst aan te gaan.

Het opleggen van prestatieplichten is dus feitelijk gelijk aan het opleggen van een contracteerplicht. Het sluiten van de overeenkomst is de noodzakelijke stap om tot het verrichten van de prestatie te komen.

2.7 Conclusie

Op grond van de formulering van op schriftelijke regels gebaseerde contractdwang is het inderdaad niet vreemd om tot 'blote' prestatieplichten te concluderen. De vraag welke relatie er tussen de prestant en de gerechtigde bestaat als het geen overeenkomst is, kent echter geen afdoende antwoord.

Bovendien geldt dit argument alleen bij schriftelijk vastgelegde vormen van contractdwang. Bij directe contractdwang zou dus eventueel nog van blote prestatieplichten kunnen worden gesproken, bij indirecte contractdwang is dat in ieder geval niet mogelijk.

Het argument dat contractdwang leidt tot verhoudingen die niet meer binnen het privaatrecht passen, is mijns inziens niet steekhoudend. Ik ben van mening dat een dergelijke opvatting heden ten dage in Nederland weinig medestanders zal vinden. Wij zijn inmiddels gewend aan talloze inbreuken op de contractvrijheid, zonder dat dit leidt tot de gedachte dat het contractenrecht als zodanig niet meer van toepassing is.

Wel is van belang dat de inbreuk op de contractvrijheid gerechtvaardigd wordt.³⁶ Een inbreuk, ook een zo verstrekkende als contractdwang met zich mee brengt,³⁷ wordt getolereerd, mits de reden voor de inbreuk voldoende zwaarwegend is. De beperking zou niet verder dienen te gaan dan strikt noodzakelijk.

Uit het voorgaande blijkt dat er voor wat betreft de kwalificatie 'overeenkomst' geen onderscheid wordt gemaakt tussen relaties die tot stand komen zonder dat sprake is van contractdwang en relaties die onder invloed van contractdwang tot stand komen.

Bij gevallen van directe contractdwang is dit wellicht vanzelfsprekender dan bij indirecte contractdwang. Bij directe contractdwang weet degene die deze dwang ondervindt bij voorbaat dat deze bestaat en dat hij zal moeten contracteren. Bij indirecte contractdwang kan dat anders liggen: uit de aard

36 Zie in dezelfde zin Kilian 1980, p. 50, 75 en 76. Kilian is overigens van mening dat de wilsverklaring bij degene die verplicht is een overeenkomst te sluiten volledig ontbreekt. Hij ziet dat echter niet als een groot probleem, omdat de rol van de consensus toch al op allerlei fronten is ingeperkt. Veel belangrijker dan het ontbreken van de wilsverklaring vindt hij de vraag wat het doel is van contractdwang.

37 Volgens Bydlinski 1980a, p. 5 gaat het om de meest vergaande inbreuk op de contractvrijheid. Ten eerste omdat men bij beperkingen die op de inhoud van het contract betrekking hebben, altijd nog de theoretische mogelijkheid heeft om te weigeren te contracteren, hetgeen bij contractdwang uiteraard niet kan. Ten tweede wordt er nooit alleen een contracteerplicht opgelegd, maar worden er altijd tevens eisen aan de inhoud gesteld. Zie ook hfdst.1.

der zaak gaat het daarbij om meer individuele gevallen, waarin uit de omstandigheden van het specifieke geval blijkt dat gecontracteerd moet worden. Voor degene die deze contractdwang ondervindt, geldt dat pas achteraf wordt vastgesteld dat hij ten onrechte heeft geweigerd te contracteren. Ook in dergelijke gevallen wordt desalniettemin een overeenkomst gesloten: de gemeente die heeft geweigerd een zaal aan Rasti Rostelli te verhuren wordt daartoe veroordeeld, de verzekeraar die op discriminatoire gronden heeft geweigerd een autoverzekering (zonder wettelijke acceptatieplicht) te sluiten, handelt in strijd met het strafrecht.³⁸ Er is niemand die vervolgens deze, na de rechtelijke uitspraak tot stand gekomen, relaties niet als een overeenkomst beschouwt.

Het is wel mogelijk dat deze overeenkomsten vervolgens anders worden behandeld, door het recht en/of door partijen zelf, dan overeenkomsten waarbij geen contractdwang bestaat. Dit komt aan de orde in het volgende hoofdstuk.

3 HET OPENBAAR AANBOD

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk over de totstandkoming van overeenkomsten onder contractdwang, besteed ik ook aandacht aan het openbaar aanbod. In veel gevallen waarin sprake is van contractdwang, wordt namelijk tevens een openbaar aanbod gedaan door degene die de dwang ondervindt.

3.2 Omschrijving van het openbaar aanbod

Een openbaar aanbod is een aanbod dat zich niet richt tot een bepaald persoon of bepaalde personen maar tot een meer of minder uitgebreide groep van personen of zelfs tot het gehele publiek.³⁹ Deze omschrijving kan nader worden uitgewerkt in een aantal vereisten.⁴⁰

In de eerste plaats dient het openbaar aanbod gericht te zijn op de totstandkoming van een overeenkomst. Dit vereiste dient om het openbaar aanbod te scheiden van algemene aanprijzingen.

In de tweede plaats dient het openbaar aanbod voldoende bepaald te zijn. Dat wil zeggen dat door de enkele acceptatie van het aanbod een overeenkomst tot stand kan komen.

38 HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 (Rasti Rostelli); Ktg. Nijmegen 10 september 1986, NJ 1987, 169

39 Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 152.

40 Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 154.

Ten derde brengt een openbaar aanbod niet met zich mee dat met iedere persoon die verklaart het aanbod te aanvaarden een overeenkomst tot stand komt. Het aanbod kan tot bepaalde personen niet gericht zijn. Dat kan blijken uit het aanbod zelf, of uit de uitleg van het aanbod. In de formulering van het aanbod kan duidelijk staan dat de acceptant aan bepaalde eisen moet voldoen. Uit de uitleg van een aanbod kan blijken dat het niet is gericht tot dronken, agressieve of onbehoorlijk geklede personen.⁴¹ Ik neem aan dat een openbaar aanbod meestal niet tot dergelijke personen gericht zal zijn.

In de vierde plaats is vereist dat in beginsel de persoon en hoedanigheid van de toekomstige acceptant onverschillig zijn. Wanneer een aanbod gedaan is met het oog op de persoon kan dus nooit sprake zijn van een openbaar aanbod.

Tot slot mag geen voorbehoud zijn gemaakt, in de vorm van een voorbehoud van acceptatie. Is dit wel het geval, dan is er slechts sprake van een uitnodiging tot het doen van een aanbod.

3.3 De verhouding tussen openbaar aanbod en contractdwang

3.3.1 *Inleiding*

Wat hebben het openbaar aanbod en contractdwang met elkaar te maken? Over het verschil en de overeenkomsten tussen het openbaar aanbod en contractdwang is vroeger wel geschreven.⁴² Indien sprake is van contractdwang, is de totstandkoming van de overeenkomst regelmatig te construeren via het openbaar aanbod.

Ik onderscheid drie mogelijke combinaties. In de eerste plaats: er is wel contractdwang, maar geen openbaar aanbod. Ten tweede: contractdwang en openbaar aanbod lopen samen. Tot slot: er is wel een openbaar aanbod, maar geen contractdwang.

3.3.2 *Contractdwang, maar geen openbaar aanbod*

Contractdwang gaat niet steeds gepaard met een openbaar aanbod. Indien aan één van de vijf hiervoor genoemde vereisten voor het openbaar aanbod niet wordt voldaan, is geen sprake van een volledig openbaar aanbod. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de advocaat, de notaris en de arts. De beoefenaren van de vrije beroepen verrichten diensten die in de eerste plaats nog nader bepaald moeten worden. Het feit dat de notaris of de arts een bord op de deur schroeft en eventueel ook op andere wijze bekend maakt dat hij of zij praktijk

⁴¹ Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 168.3

⁴² Polderman 1913, p. 137; Nagelkerke 1973, p. 120 e.v. Zie verder: Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 219.

voert, brengt nog niet met zich mee dat er sprake is van een openbaar aanbod.⁴³

Met name wordt mijns inziens niet voldaan aan het bepaalbaarheidsvereiste. Wanneer een cliënt aangeeft van de diensten gebruik te willen maken, komt op dat moment nog niet direct een volledige overeenkomst tot stand. De inhoud van de te verrichten diensten is nog te onbepaald. Een nadere uitwisseling van informatie is noodzakelijk voordat de overeenkomst kan worden gesloten.

Afgezien van het bepaalbaarheidsvereiste, kan er ook geen sprake zijn van een openbaar aanbod bij vrije beroepsbeoefenaren, omdat de overeenkomst te veel gericht is op de persoon van de cliënt of patiënt, alsmede de vraag of de klacht waarmee deze zich meldt. Het aanbod van de vrije beroepsbeoefenaar kan niet zonder meer door een willekeurige persoon uit het publiek worden geaccepteerd. Uit het arrest Hofland/Hennis⁴⁴ is gebleken dat voor een aanbieder van een huis de persoon van de koper van belang kan zijn. Om die reden was dan ook geen sprake van een openbaar aanbod. Ditzelfde geldt mijns inziens in sterkere mate voor de notaris, de advocaat en de arts. Daar is het ontstaan en de uitvoering van de overeenkomst eveneens afhankelijk van de persoon van de cliënt of patiënt, hetgeen onder andere valt af te leiden uit het feit dat bij het ontbreken van een vertrouwensrelatie de overeenkomst door de dienstverlener kan worden opgezegd.

Ook bij de verzekeringsovereenkomst zal nooit sprake zijn van een openbaar aanbod. De persoon en de omstandigheden van de verzekeringnemer zijn van essentieel belang voor de verzekeraar, zodat hij altijd een voorbehoud van acceptatie maakt. Het ter beschikking stellen van een aanvraagformulier is niet meer dan een uitnodiging tot het doen van een aanbod.⁴⁵ Dit geldt mijns inziens ook bij een standaardpakketpolis, die de verzekeraar verplicht moet afsluiten. De verzekeraar controleert altijd eerst of aan alle voorwaarden is voldaan, zoals bijvoorbeeld de eis van een verzekeringsverleden of het zijn van ingezetene.

3.3.3 *Samenlopen van openbare aanbiedingen en contractdwang*

Het energiebedrijf deed vóór de liberalisering een openbaar aanbod, omdat de voorwaarden gepubliceerd werden en de persoon van de afnemer niet van belang was. Doordat de voorwaarden en de tarieven openbaar waren gemaakt was het aanbod ook voldoende bepaald om de overeenkomst tot stand te

43 Voor de huisarts werd daar ook anders over gedacht. Zie Brands 1997, p. 191-192, die citeert uit een advies van de Centrale Raad voor de Volksgezondheid uit 1982, waarin werd uitgegaan van een openbaar aanbod door de huisarts. Brands bestrijdt deze opvatting, mijns inziens dus terecht.

44 HR 10 april 1981, NJ 1981, 532.

45 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 72.

kunnen laten komen door de enkele acceptatie. Het ging om een beperkt aantal standaardcontracten, waaruit men kon kiezen.⁴⁶

Ik denk dat sinds de liberalisering niet zonder meer kan worden gesteld dat er sprake is van een openbaar aanbod door het energiebedrijf. Er is nu een onderscheid nodig tussen kleinverbruikers en kleinere zakelijke afnemers enerzijds en grootverbruikers anderzijds.

De kleinere afnemers, die niet in staat zijn met het energiebedrijf te onderhandelen, omdat hun afzonderlijke verbruik voor de leverancier niet interessant is, zullen standaardcontracten afsluiten. Ten aanzien van deze groep kan nog wel van een openbaar aanbod worden gesproken: de voorwaarden zijn gelijk en de persoon van de contractant doet eigenlijk niet ter zake.

Enige twijfel heb ik daarover overigens wel, vanwege de wijze waarop er wordt gecontracteerd. De feitelijke gang van zaken is dat de afnemer een aanvraagformulier invult en opstuurt (eventueel via e-mail). Van het energiebedrijf krijgt hij dan een contract opgestuurd, dat hij moet ondertekenen en retourneren aan het energiebedrijf.⁴⁷ Ik geloof niet dat deze procedure afdoet aan het karakter van een openbaar aanbod, omdat het vooral om de administratieve verwerking van de gegevens gaat. De stap naar het niet meer kunnen spreken van een openbaar aanbod is echter klein. Vergelijk de algemene voorwaarden van KPN waar voor vaste telefonie in staat dat de overeenkomst pas tot stand komt als KPN de aanvraag accepteert. KPN geeft hiermee dus zelf uitdrukkelijk aan geen openbaar aanbod te doen.⁴⁸ De energiebedrijven maken niet zo'n uitdrukkelijk voorbehoud van acceptatie (al is die mogelijkheid er door de procedure natuurlijk wel) en daarom is wel verdedigbaar dat er een openbaar aanbod wordt gedaan.⁴⁹

Aan grote zakelijke gebruikers van energie, denk aan tuinders en fabrikanten, wordt mijns inziens geen openbaar aanbod gedaan, want deze zijn in een positie om te onderhandelen met verschillende leveranciers. Daarbij zal niet steeds een standaardcontract worden afgesloten. De feitelijke gang van zaken

46 Loos 2001, p. 81.

47 Procedure bij Nuon, Essent en Eneco.

48 Overigens is dan weer merkwaardig dat dit in de algemene voorwaarden staat, die niet gelden vóórdat de overeenkomst is gesloten. Strikt genomen is de klant dus niet aan deze mededeling gebonden en kan op basis van deze algemene voorwaarden niet worden gezegd dat er geen openbaar aanbod is gedaan. Echter, er blijkt wel uit dat KPN niet de bedoeling heeft een openbaar aanbod te doen en dan neem ik maar aan dat dit betekent dat ze dat ook niet doen. Wel dient een en ander voor klanten duidelijk te zijn, maar doordat de klant een schriftelijke aanvraag voor een telefoonaansluiting moet doen, waarbij de algemene voorwaarden als het goed is, worden verstrekt, wordt aan deze eis wel voldaan.

49 Anders: Wijting 2001, p. 104, die het adverteren van energiebedrijven ziet als een uitnodiging aan de afnemers om een aanbod te doen of in onderhandeling te treden. Vervolgens werkt hij dat echter als volgt uit: de leverancier zou, als hem dat naar aanleiding van zijn uitnodiging wordt gevraagd, een zich voor acceptatie lenend geconcretiseerd aanbod moeten doen, p. 110.

is dat zij een offerte aan het energiebedrijf vragen. Het gaat bij die categorie afnemers dan ook zeker niet om een aanbod aan het grote publiek.

Zoals in de vorige paragraaf al aan de orde kwam, doet TPG Post een openbaar aanbod door brievenbussen te plaatsen. Op de postkantoren en andere verkooppunten zijn de postzegels te verkrijgen alsmede informatie over de kosten van verzending per gewicht. De voorwaarden worden derhalve bekend gemaakt.

Algemeen wordt aangenomen dat vervoersbedrijven een openbaar aanbod doen.⁵⁰ Een overeenkomst komt tot stand zodra de reiziger het aanbod accepteert. Dat wil niet zeggen dat iedere reiziger een vervoersovereenkomst kan sluiten. Zo wordt aangenomen dat het openbaar aanbod van een taxi, van de NS of van een busonderneming zich niet uitstrekt tot personen die voor medereizigers hinderlijk of gevaarlijk zijn. Dit staat niet met zoveel woorden in het openbaar aanbod, maar het aanbod wordt op die manier geïnterpreteerd. Ook kan men zeggen dat uit de aard van het aanbod voortvloeit dat het niet tot iedereen gericht is. Ten aanzien van taxi's wordt bijvoorbeeld wel gesteld dat het aanbod zich daar maar tot één persoon richt en bij trein of bus dat het aanbod slechts geldt voorzover er plaatsen zijn.⁵¹

In de oude wettelijke regelingen voor vervoer in het Wetboek van Koophandel stond dat de vervoerder die een openbaar aanbod tot vervoer had gedaan, gehouden was dit gestand te doen. Wel maakten alle oude wettelijke regelingen het voorbehoud van gegronde redenen tot weigering. Dit kon onder meer zijn dat de zich anmeldende passagier gevaar opleverde, of dat het vervoermiddel vol was of niet geschikt tot het vervoer van de aangeboden waar. In de memorie van toelichting bij de Wet personenvervoer,⁵² die inmiddels is vervangen door de Wp 2000, staat dat de openbaar vervoerder een openbaar aanbod doet, dat binnen redelijke grenzen, door de simpele aanvaarding van het aanbod, resulteert in een plicht tot vervoer van de reiziger. Die plicht gold in ieder geval voorzover er plaats was.⁵³ In de memorie van toelichting bij Wp 2000 staat niets over het openbaar aanbod, maar ik zie geen reden waarom de opvatting hierover veranderd zou zijn.

De vervoerder heeft niet de intentie zijn aanbod te richten tot personen die overlast veroorzaken. Van belang is of die intentie voldoende kenbaar is. Artikel 3:35 speelt hier een rol: hoe mag de (toekomstige) klant de verklaring, inhoudende het aanbod van de vervoerder, redelijkerwijze opvatten? Niemand zal mogen verwachten dat hij zonder betaling van het geldende tarief vervoerd zal worden. Evenmin zal men mogen verwachten dat de vervoerder ook wil vervoeren indien men vernielingen aanricht of overlast veroorzaakt. In feite is het zo dat in deze gevallen waarin de vervoerders zelf van mening zijn dat

50 Blei Weissman (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 158 en aant. 219.

51 Polderman 1913, p. 29-30; Blei Weissman (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 168.3.

52 Wet van 12 maart 1987. Inmiddels vervangen door de Wp 2000.

53 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 985, p. 40.

zij niet hoeven te vervoeren, dit wel overeenstemt met wat de ander, de reiziger, mag verwachten (of liever: niet kan verwachten). Uiteraard zijn er twijfelgevallen: zo kan niet iedere persoon die dronken is geweigerd worden in het openbaar vervoer. Voor een taxi geldt dat bij uitstek niet, maar ook bij tram, trein en bus lijkt me dat niet gerechtvaardigd. Pas indien iemand overlast veroorzaakt is weigering geoorloofd.

3.3.4 Wel een openbaar aanbod, geen contractdwang

3.3.4.1 Inleiding

Een voorbeeld van een openbaar aanbod, waar geen contractdwang aan te pas komt, is de veel voorkomende advertentie van een winkelier in een dagblad. Dit is een openbaar aanbod, vaak onder de voorwaarde: zolang de voorraad strekt. Directe contractdwang is hierbij niet aan de orde. Aan indirecte contractdwang zou men kunnen denken als een rechter in een concreet geval een contracteerplicht zou opleggen aan degene die de advertentie heeft geplaatst, bijvoorbeeld omdat de betreffende winkelier weigert om de geadverteerde waar aan een specifieke klant te verkopen.

Gevalen van verkoopweigering zijn wel bekend, maar alleen uit oudere uitspraken. Van recenter datum zijn rechtszaken tegen horecagelegenheden die een openbaar aanbod doen, maar vervolgens bepaalde klanten niet willen binnenlaten. Ook bij overige voor het publiek toegankelijke gelegenheden komt dit voor. Rechters oordelen dan ook wel dat aan de betreffende persoon voortaan verkocht moet worden, of dat toegang tot een horecagelegenheid of een sportfaciliteit moet worden verleend. De vraag is of zo'n rechterlijke uitspraak tot contractdwang leidt.

Bij beantwoording van die vraag vallen drie deelvragen te onderscheiden. Ten eerste: is er bij de toegang tot winkels, sportfaciliteiten, horecagelegenheden e.d. wel sprake van een overeenkomst die wordt gesloten? Indien het niet gaat om een overeenkomst, maar om een feitelijke handeling, dan kunnen aan de weigering om toegang te verlenen nog wel juridische consequenties verbonden zijn, maar die liggen dan niet op het terrein van contractdwang.

De tweede deelvraag is of het niet veeleer gaat om een actie tot nakoming van de overeenkomst die door de rechter wordt toegewezen, dus de uitvoering van een al bestaand contract, dan om het opleggen van een contracteerplicht? Het punt is namelijk dat de genoemde openbare gelegenheden een openbaar aanbod doen. Dat aanbod wordt geaccepteerd zodra iemand uit het publiek toegang wenst en op dat moment komt de overeenkomst tot stand. Het weigeren van de toegang is dan geen contractweigering, maar wanprestatie.

Ten derde is de vraag waarom een rechter oordeelt dat toegang tot een openbare gelegenheid niet mag worden geweigerd. Deze drie vragen worden hierna achtereenvolgens behandeld.

3.3.4.2 Toegang tot openbare gelegenheden: een overeenkomst?

Maakt het hebben van toegang tot bijvoorbeeld een café onderdeel uit van een overeenkomst en zo ja, wat is dan de inhoud van een dergelijke overeenkomst? Meestal wordt aangenomen dat het inderdaad om overeenkomsten gaat. Zo was de president van de Rechtbank Dordrecht in 1965 van mening dat het bij een café ging om hetzij zaalhuur, als de gelegenheid speciaal wordt afgehuurd, hetzij om een overeenkomst waarbij de uitbater het individu in de gelegenheid stelt van zijn café gebruik te maken, met als tegenprestatie een algemene vergoeding die verdisconteerd is in de prijs van de verplichte consumpties.⁵⁴

Bij de toegang tot sportieve of recreatieve faciliteiten als een zwembad, is er een overeenkomst waarbij de ene partij het zwembad ter beschikking stelt en de ander daarvoor een toegangsprijs betaalt. Het gaat om het gebruik van een faciliteit tegen betaling. Eventueel zou aan een huurovereenkomst kunnen worden gedacht, hetgeen immers omschreven wordt als het verschaffen van het genot van een zaak voor een bepaalde tijd voor een bepaalde prijs (art. 7A: 1584 BW). Het huurobject moet echter wel identificeerbaar zijn⁵⁵ en dat is niet mogelijk: men huurt niet een deel van het zwembad, of de ijsbaan, men mag er alleen samen met anderen gebruik van maken. Het is derhalve een onbenoemde overeenkomst.

Bij schouwburgen en theaters biedt de ene partij een voorstelling aan, waarvoor de andere partij betaalt. Er wordt uiterlijk betaald bij het binnentreden van het theater. Hierdoor lijkt de ruilverhouding te zijn: toegang versus betaling. Om die reden is het niet moeilijk om deze verhouding als overeenkomst te beschouwen, waarbij ook de toegang tot het theater onderdeel uitmaakt van de inhoud van de overeenkomst. Strikt genomen is de ruilverhouding eerder: voorstelling versus betaling (dat zijn de 'kernprestaties'), waarbij de toegang de noodzakelijke voorwaarde is om de voorstelling te zien. Ook dit is een onbenoemde overeenkomst.

Het verlenen van toegang tot een winkel en veiling speelt zich af in de precontractuele fase.⁵⁶ De toegang is vrij en gratis. Er staat ook geen koopverplichting tegenover, zoals de (impliciete) consumptieverplichting in de horeca. Er is derhalve geen wederprestatie. Het weigeren van de toegang is dan ook niet het weigeren van het sluiten van een overeenkomst, maar eerder het weigeren de mogelijkheid te bieden eventueel een overeenkomst te sluiten, als de klant eenmaal binnen is en iets van zijn gading vindt. Naar mijn idee kan men dit het beste zo zien, dat er een verplichting bestaat het openbaar

54 Pres. Rb. Dordrecht 3 februari 1965, NJ 1966, 62.

55 Asser/Abas 2004 (5-IIA), nr. 9.

56 Winkel 1974, p. 329-347. Volgens hem bestaat er op die grond een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding. De openbaarheid van de veiling ziet hij als één van de elementen waarbij de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, in dit geval de koper, worden behartigd. De openbaarheid van de veiling, en daarmee dus de vrije toegang tot de veiling, vormt een waarborg dat de opbrengst zoveel mogelijk de objectieve waarde benadert.

aanbod gestand te doen en dat dit openbaar aanbod impliceert dat de klant toegang heeft tot de winkel of het veilinghuis. De toegang behoort in die zin wel tot het openbaar aanbod: het is een voorwaarde om dit aanbod zijn werking te laten hebben. Een openbaar aanbod van een winkel, waarbij het publiek vervolgens geen toegang heeft tot de winkel, is geen openbaar aanbod meer. Dit pleit ervoor aan te nemen dat de toegang tot winkel of veilinghuis een essentieel onderdeel uitmaakt van het openbaar aanbod. Derhalve is toegang weigeren een niet gestand doen van het openbaar aanbod.

Wat hiervoor gezegd is over de winkel en het veilinghuis, geldt *mutatis mutandis* ook voor de overige openbare gelegenheden. Daar heeft men echter minder moeilijkheden om de toegang tot de gelegenheid tot onderdeel van de overeenkomst te zien, omdat er een tegenprestatie tegenover staat, er wordt immers bij de kassa betaald.

3.3.4.3 *Contracteerplicht of nakoming?*

In mijn ogen is er, indien de rechter uitsprekt dat toegang tot bijvoorbeeld een café moet worden verschaft, sprake van nakoming van een bestaand contract en niet van een contracteerplicht.⁵⁷ In dergelijke gevallen is reeds een overeenkomst tot stand gekomen. Het openbaar aanbod is gedaan en als de rechter oordeelt dat bijvoorbeeld sprake was van discriminatie dan is met terugwerkende kracht vast te stellen dat het aanbod ook gericht was tot de klant die is geweigerd, of althans dat het aanbod ook tot deze klant gericht had behoren te zijn. Dat betekent dat er een aanbod lag en dat door de aanvaarding door de klant de overeenkomst tot stand is gekomen. Wat de rechter dus eigenlijk doet (of: zou moeten doen) is niet het opleggen van een contracteerplicht, maar een gebod uitspreken om de bestaande overeenkomst uit te voeren. Punt is dat men pas maanden later bij de rechter staat, en het dan gaat om toegang voor de toekomst. Nakoming van het contract van destijds heeft in zoverre niet zoveel zin, dat het gaat om een contract met een geldigheidsduur van één dag. De rechter zal dus een gebod uitspreken om de betreffende persoon in de toekomst toegang te verlenen. Vaak wordt de onrechtmatige daad als grondslag genomen voor de vordering en niet wanprestatie. Dit gebod voor de toekomst kan wel als een contracteerplicht worden beschouwd. De uitbater zal zijn openbaar aanbod in de toekomst gestand moeten doen.

Een voorbeeld vormt de volgende zaak. De exploitant van een hotelcafé-restaurant weigert aan een makelaar de toegang tot zijn etablissement, waar op dat moment een veiling plaats vindt, waar deze makelaar naar toe wil. De reden voor de weigering is dat de uitbater en de makelaar elkaar niet liggen. De makelaar wenst toegang tot de veilingen die in het hotel worden gehouden, alsmede toegang tot andere bijeenkomsten en besprekingen van zakelijke aard, die daar gehouden zullen worden.

⁵⁷ In navolging van Nagelkerke 1973, p. 139-140.

De president neemt als uitgangspunt dat diegenen die hun etablissement openstellen voor het publiek in principe een ieder dienen toe te laten:⁵⁸

'(...) wanneer ged. zijn etablissement ter beschikking van derden stelt (ook voor niet geheel 'openbare' doeleinden) en ged. (bedoeld is: eiser, IH) deze te goeder trouw wil bezoeken, komt aan ged. niet het recht toe eiser de toegang te weigeren. Zulks noch tegenover die derden, jegens wie ged. dan wanprestatie zou plegen, noch tegenover eiser, jegens wie ged. dan zou handelen in strijd met de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid t.a.v. eens anders persoon of goed. (...)

Hierbij moet immers in acht worden genomen dat ged. door het openhouden van zijn genoemd bedrijf dagelijks een openbaar aanbod doet aan iedereen om daarvan gebruik te maken (hetzij tegen een speciale vergoeding in de vorm van zaalhuur, hetzij tegen een algemene vergoeding die verdisconteerd is in de prijs der obligate consumpties), zodat een ieder, die zulks te goeder trouw wenst te doen, weet van dit aanbod gebruik te kunnen maken. Aan dit aanbod is en blijft ged. in het algemeen gebonden, al zal hij gerechtigd zijn in zeer speciale gevallen op dit aanbod terug te komen tegenover personen die b.v. door dronkenschap, onredelijk of wanordelijk gedrag te goeder trouw niet het recht hebben van dat algemeen aanbod gebruik te maken.'

Van een dergelijk gedrag was in casu geen sprake; eiser en gedaagde hadden ruzie met elkaar, maar volgens de president wettigde dat niet het terugkomen op het aanbod.

Nagelkerke merkt over deze passage op dat de rechter ten onrechte toetst aan de maatschappelijke zorgvuldigheid.⁵⁹ Volgens hem is er geen sprake van onrechtmatige daad, maar van wanprestatie. Immers, door de acceptatie van het openbaar aanbod is de overeenkomst al tot stand gekomen. Zoals uit het voorgaande is gebleken, ben ik dit met hem eens.

Er is evenmin sprake van het mogen terugkomen op een aanbod. In huidige termen zou dan sprake moeten zijn van het herroepen van het aanbod. Volgens artikel 6:219 lid 2 BW kan dit echter slechts geschieden zolang het aanbod nog niet is aanvaard, en dat is nu juist wel al gebeurd zodra iemand het restaurant wil betreden. De enig mogelijke constructie is dan dat het aanbod, hoewel openbaar, tot deze personen niet was gericht. Ik kom hier verderop in deze paragraaf op terug.

Ofschoon ik dus van mening ben dat in retrospectief niet gezegd kan worden dat sprake was van contractweigering (het contract was immers strikt genomen al gesloten), kan een eventueel voor de toekomst opgelegde verplichting om de betreffende persoon voortaan toe te laten wel als contractdwang worden beschouwd, in die zin dat de uitbater wordt verplicht zijn openbaar aanbod gestand te doen.

⁵⁸ Pres. Rb. Dordrecht 3 februari 1965, NJ 1966, 62.

⁵⁹ Nagelkerke 1973, p. 139-140.

3.3.4.4 Rechterlijk oordeel over weigering toegang: willekeur en discriminatie

Een veel voorkomende reden waarom in dit soort gevallen door rechters veroordelingen worden uitgesproken die behelzen dat de betreffende persoon moet worden toegelaten, is dat sprake is van willekeurig onderscheid of discriminatie. Uiteraard dient een geldend (openbaar) aanbod altijd gestand te worden gedaan, maar men kan in sommige situaties door uitleg van het aanbod constateren dat het aanbod niet gericht is tot bepaalde personen. In de gevallen waarover hier wordt gesproken, hanteert de exploitant van de openbare gelegenheid een dergelijke uitleg van zijn openbaar aanbod, maar kan dit door het recht niet worden gevolgd, omdat sprake is van willekeur en/of discriminatie.⁶⁰

Discriminatie op grond van ras of afkomst komt met name in de horeca regelmatig voor. Het openbaar aanbod is dan niet naar buiten toe kenbaar beperkt, maar feitelijk wordt bij het toelatingsbeleid gediscrimineerd.

Een definitie van discriminatie is overigens nog niet zo makkelijk te geven: in het spraakgebruik kan het iets anders betekenen, met name een meer morele lading hebben, dan het juridische begrip discriminatie.⁶¹

De juridische basis voor acties tegen discriminatie vormt, naast verdragen als het IVUR,⁶² EVRM en BuPo,⁶³ artikel 1 van de Gw, dat is uitgewerkt in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB). Hierdoor is buiten twijfel dat de norm van artikel 1 Gw ook geldt tussen burgers onderling. Artikel 7 lid 1 AWGB bepaalt:

Onderscheid is verboden bij het aanbieden van goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, alsmede bij het geven van advies of voorlichting over school- en beroepskeuze, indien dit geschiedt:

a. in de uitoefening van beroep of bedrijf;

60 Zie Mulder 1999, p. 344, die schrijft dat het vanwege het verbod op discriminatie vanzelfsprekend is dat een ondernemer van een uitgaansgelegenheid niet vrij is om naar eigen gelieve zijn publiek te bepalen.

61 Bij discriminatie in juridische zin moet het onderscheid betrekking hebben op persoonskenmerken die een wezenlijk onderdeel van iemands identiteit uitmaken. Het gaat dus niet om iemands gedrag. Onderscheid maken op het gebied van geloofsovertuiging of ras, kenmerken die niet zomaar kunnen worden afgelegd, kan echter wel discriminatie opleveren. Rodrigues 1997, p. 14-15 en p. 167. In art. 90quater Sr staat de volgende omschrijving van discriminatie: 'Onder discriminatie of discrimineren wordt verstaan elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting, beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijke leven, wordt teniet gedaan of aangetast.' Deze bepaling is gebaseerd op het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR).

62 Het IVUR is gericht tot de verdragstaten en heeft in beginsel geen horizontale werking tussen burgers onderling.

63 Andere bepalingen over gelijke behandeling bijv.: art. 1 en 2.1 universele verklaring van de rechten van de mens, art. 7 EG-Verdrag.

- b. door de openbare dienst;
- c. door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs of
- d. door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voorzover het aanbod in het openbaar geschiedt.⁶⁴

Het weigeren een overeenkomst te sluiten valt ook onder dit artikel, al staat dit er niet met zoveel woorden.⁶⁵ De norm van artikel 1 Gw kan, naast een actie op grond van de AWGB, ook tot uitdrukking komen via een actie op grond van onrechtmatige daad. Ook zijn er verschillende bepalingen die discriminatie strafbaar stellen (de artikelen 137, 429ter en 429quater Sr).

Er zijn legio uitspraken over discriminatie bij de toegang tot cafés, disco's en bars, van zowel de strafrechter, als de civiele rechter en de Commissie Gelijke Behandeling.⁶⁶ Uit de jaren 1970 en 1980 dateren voornamelijk strafzaken, waarbij het bewijs van discriminatie niet altijd makkelijk te leveren was. In sommige gevallen werden praktijktesten uitgevoerd om het bewijs te kunnen leveren. Deze hielden in dat eerst blanken de disco of het café betraden en vervolgens kleurlingen. Afgezien van de huidskleur voldeden deze groepen aan dezelfde kenmerken: nette kleding, niet gedronken, geen toegangspas en geen vaste klant. De blanken werden in het algemeen wel toegelaten en konden dan constateren dat de disco niet vol was en dat er nog bezoekers werden binnengelaten. Indien de groep kleurlingen vervolgens niet werd toegelaten was makkelijker te bewijzen dat er sprake was van discriminatie vanwege ras (of nationaliteit).

In de jaren '90 neemt het aantal rechterlijke uitspraken af, hetgeen waarschijnlijk te maken heeft met de invoering van de AWGB in 1994 en het feit dat men op basis van die wet niet alleen naar de rechter kan stappen, maar ook naar de laagdrempelige Commissie Gelijke Behandeling.⁶⁷ De laagdrempeligheid wordt vooral bewerkstelligd doordat de procedure kosteloos is en er

64 De AWGB hanteert de term 'onderscheid' en niet discriminatie. Onderscheid is niet geheel hetzelfde als discriminatie. Met name van belang is het verschil tussen indirect onderscheid en indirecte discriminatie: indirect onderscheid kan objectief gerechtvaardigd zijn, indirecte discriminatie is discriminatie en daarmee verboden. Zie hierover: De Fey, Kellerman & Nieuwboer 2004, p. 27-30. Zie over de verschillende betekenissen van het gelijkheidsbeginsel ook: Holtmaat 2003.

65 Asscher-Vonk & Groenendijk 1999, p. 39, waar wordt verwezen naar verschillende voorbeelden in de parlementaire geschiedenis van de AWGB.

66 Zie bijv. Pres. Rb. Zutphen 24 november 1977, *NJ* 1978, 337; Rb. Amsterdam 11 maart 1981, *NJ* 1981, 525; Pres. Rb. Zutphen 26 juni 1980, *NJ* 1981, 29; HR 1 juli 1981, *NJ* 1982, 176; HR 24 november 1981, *NJ* 1982, 177. Over discriminatie in horecagelegenheden zie ook: Hoens 1981 en Rodrigues 1997, p. 21 e.v.

67 Zie voor oordelen van de Commissie over toegang tot horecagelegenheden bijv.: oordelen 10 juni 1997, nr. 97-65; 10 juni 1997, nr. 97-66; 15 december 1997, nr. 97-133; 10 november 1999, nr. 99-84; 10 oktober 2000, nr. 00-68; 13 december 2000, nr. 00-84; 24 januari 2002, nr. 02-02, te vinden via <www.cgb.nl>. Zie voor een selectie van uitspraken, deels geannoteerd: Van Eck, Kellerman & Nieuwboer 2001 en De Wolff e.a. 2004.

geen verplichte rechtsbijstand is. Ook in de jaren '90 werden overigens nog praktijkproeven gedaan. De vermindering van het aantal uitspraken betekent derhalve niet dat discriminatie in de horeca is uitgebannen.⁶⁸

De veroordelingen wegens discriminatie hangen samen met het feit dat de uitbater van een horecagelegenheid een openbaar aanbod doet. Hij richt zich in beginsel tot het gehele publiek en dat wil zeggen dat iedereen zijn café, restaurant of disco binnen mag.⁶⁹

Uit het aanbod kan blijken dat het onder bepaalde voorwaarden is gedaan of tot bepaalde personen niet is gericht. Zo richt een restaurant zijn aanbod meestal niet tot personen die zeer luidruchtig zijn. Ook kan een restaurant, of bijvoorbeeld een disco, eisen stellen aan de kleding van bezoekers. Café-bezoekers die keer op keer ruzie zoeken of zonder te betalen weglopen, zijn evenmin welkom.

Er is dus een aantal voor de hand liggende redenen, waarom het openbaar aanbod van de uitbater zich tot bepaalde individuen niet richt. Door de bank genomen gaat het om mensen die de orde verstoren, niet betalen, of zich niet gedragen of kleden in de sfeer van het etablissement. Het feit dat de gelegenheid open staat voor het publiek wil niet zeggen dat dergelijke eisen niet gesteld mogen worden.⁷⁰ Ook indien een gast in het verleden problemen heeft veroorzaakt, kan weigering van de toegang geoorloofd zijn.⁷¹ Indien echter van dergelijke gedragingen geen sprake is, dient de uitbater zijn openbaar aanbod jegens eenieder uit het publiek gestand te doen.

Ook winkels waar waren geprijsd liggen uitgestald worden geacht een openbaar aanbod te doen.⁷² Het uitgangspunt is dat een winkel in beginsel iedereen toe moet laten, tenzij er gegronde redenen zijn om iemand te weigeren. Zo'n weigering kan gelegen zijn in het gedrag van de persoon, bijvoorbeeld agressief gedrag, of het uiterlijk van de persoon, waarbij dan gedacht

68 Zie voor rechterlijke uitspraken in de jaren '90 bijv.: Rb. Amsterdam 7 februari 1990; Hof Amsterdam 24 november 1995, beide op te vragen via de website van het Landelijk bureau racismebestrijding, <www.lbr.nl>. In 2002 kwam er nog een strafzaak in verband met de geweigerde toegang tot een bar-dancing op grond van art. 429quater Sr bij de Hoge Raad. Hier werd overigens wel aangenomen dat een bepaalde groep (bewoners van een asielzoekersvertrekcentrum) werd uitgesloten, maar tevens dat hiervoor objectief gerechtvaardigde factoren aanwezig waren en de uitbater in redelijkheid geen alternatieve maatregel ten dienste stond (er dreigden ernstige ongeregelde heden en extra politiebescherming was gevraagd maar kon niet worden gegeven). HR 17 september 2002, NJ 2002, 548. In 2003 is er één horecazaak aan de Commissie Gelijke Behandeling voorgelegd. De Commissie oordeelde dat inderdaad sprake was van strijd met art. 7 AWGB, 9 januari 2003, nr. 03-02, te raadplegen uit: De Wolff e.a. 2004, p. 21-22 en 143.

69 Een uitzondering kan worden gemaakt indien er een besloten feest is voor een specifieke doelgroep: Pres. Rb. Breda 31 maart 1988, KG 1988, 183.

70 Blei Weissman (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 168.3.

71 In deze zin: Pres. Rb. Maastricht 3 juni 1996, KG 1996, 207.

72 Blei Weissman (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 185.

moet worden aan termen als 'geheel onverzorgd'.⁷³ Het enkele feit dat het uiterlijk van een klant de winkelier niet aanstaat, zal dus niet genoeg zijn om de toegang te mogen weigeren: bij zwervers zal een winkelier echter kunnen betogen dat zijn aanbod tot hen niet gericht is. Het soort winkel maakt dan volgens mij wel uit: een zwerver kan lijkt mij niet zonder meer geweerd worden uit een supermarkt of een (niet-exclusieve) kledingzaak. Immers, ook de zwerver moet levensmiddelen en kleding kunnen kopen als hij daar geld voor heeft. Zolang hij geen overlast veroorzaakt, zal hij of zij moeten worden toegelaten. Dat de toegang tot een winkel wordt geweigerd komt overigens zelden voor, er zijn in ieder geval vrijwel geen uitspraken over.⁷⁴

De toegang tot een openbare veiling kan evenmin zonder goede reden worden geweigerd,⁷⁵ want voor de openbare verkoop op een veiling is de toelating van het publiek noodzaak.⁷⁶ In de eerste plaats leidt dit er namelijk toe dat de koopprijs zo hoog mogelijk kan zijn, omdat niemand van de mogelijkheid om te bieden wordt uitgesloten, en ten tweede gaat er een controlerende werking uit van de aanwezigheid van het publiek.

Diegene die aan een sportfaciliteit een publieke bestemming geeft, mag niet op grond van subjectieve redenen de toegang aan iemand uit het publiek weigeren.⁷⁷ De toegang tot een sportfaciliteit kan wel worden ontzegd, indien men zich niet aan de huisregels houdt.⁷⁸ Het openbaar aanbod dat een sporthal of zwembad doet, richt zich alleen tot personen die bereid zijn zich aan de voorwaarden voor toegang te houden. Zo dient de toegangsprijs betaald te worden, en ook dient men zich aan huisregels te houden. Indien men er blijk van geeft niet van zins te zijn zich hier aan te houden, aanvaardt men niet het aanbod dat is gedaan. De voorwaarden voor toegang dienen natuurlijk wel vooraf bekend te zijn gemaakt.

In uitzondering op het uitgangspunt dat een ieder toegang heeft tot een openbare sportfaciliteit, geldt bovendien dat weigering mogelijk is indien dit

73 Zie hierover Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 185.3; Nagelkerke 1973, p. 85.

74 De uitspraken die er zijn, zijn oud en bovendien komt er geen eenduidig beeld uit naar voren. Zie hierover Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht I*), art. 217 lid 1, aant. 185.3 met vermelding van de betreffende uitspraken. Het ging in deze uitspraken om de vraag of het openbaar aanbod ook jegens concurrenten van de winkelier gold. In één geval werd geoordeeld dat het aanbod zich niet ook uitstreekte tot concurrenten. Ktg. Amsterdam 1 augustus 1929, W 12018. In een ander geval, dat uiteindelijk werd voorgelegd aan de Hoge Raad, werd geoordeeld dat het weigeren etalagegoederen te verkopen aan de concurrent inderdaad wanprestatie opleverde. Dit nam overigens niet weg dat de praktijken van de concurrent, te weten het steeds laten opkopen van de etalagewaren door verscheidene vrouwen, die daarbij relletjes veroorzaakten, onrechtmatig waren. HR 29 november 1929, NJ 1930, p. 293-299. Naar mijn mening is er op zichzelf geen reden de verkoop aan concurrenten te weigeren. Anders: Nagelkerke 1973, p. 135.

75 Pres. Rb. Maastricht 4 juli 1997, KG 1997, 337.

76 Kuyk 1936, p. 3-8.

77 In die zin: Pres. Rb. Maastricht 31 december 1996, KG 1997, 91.

78 Pres. Rb. Leeuwarden 8 december 1995, KG 1996, 36.

nodig is in verband met de handhaving van de orde, danwel de veiligheid van andere gebruikers in het geding is. Het aanbod strekt zich niet uit tot personen die de orde verstoren of de veiligheid van andere gasten in gevaar brengen.

Het Hof 's-Hertogenbosch deed in 1990 twee identieke uitspraken in zaken tegen de gemeente Eindhoven, die twee volwassen mannen de toegang tot het zwembad had ontzegd omdat zij naar het oordeel van het zwembadpersoneel te veel toenadering zochten tot de aanwezige kinderen.⁷⁹ Het hof vond de ontzegging van de toegang legitiem in verband met de zorg voor de kinderen. In vergelijkbare zin werd door het Hof 's-Gravenhage geoordeeld over de ontzegging van de toegang tot een ijsshal van twee mannen in verband met hun pedofiele geaardheid.⁸⁰

Over de toegang tot theaters, concertpodia e.d. is in de Nederlandse rechtspraak en literatuur vrijwel niets te vinden. Aangenomen mag echter worden dat theaters, musea en openbare bibliotheken een openbaar aanbod doen en daarom in beginsel iedereen zullen moeten toelaten. Daarbij komt dat de toegankelijkheid voor eenieder die van de voorziening gebruik wenst te maken bij het verstrekken van subsidies door de overheid ook als uitgangspunt wordt genomen, dus dat het niet doen van een openbaar aanbod bij gesubsidieerde instellingen ook niet getolereerd zou worden, daargelaten natuurlijk voorzieningen voor specifieke doelgroepen.⁸¹

3.4 Verhouding tussen openbaar aanbod en contractdwang: conclusie

Het openbaar aanbod zelf leidt mijns inziens niet tot contractdwang. Het feit dat iemand een openbaar aanbod doet, maakt uiteraard wel dat de aanbieder hier niet zonder meer op kan terugkomen. Zodra het aanbod geaccepteerd is, is de overeenkomst tot stand gekomen. Wat dat betreft brengt diegene die het openbaar aanbod doet, zichzelf in een positie waarin zijn contractvrijheid, in de zin van de vrijheid om te weigeren de overeenkomst te sluiten, is beperkt. Dit is overigens niet anders bij een 'gewoon', niet openbaar, aanbod. Bij contractdwang is wat mij betreft essentieel dat het gaat om dwang van buitenaf, dat wil zeggen niet zelfopgelegde dwang. Anders zou men iedere zelfbinding als beperking van de contractvrijheid kunnen beschouwen en dat lijkt me niet juist. Dit komt ook aan de orde bij de vraag naar de verhouding

⁷⁹ Hof 's Hertogenbosch 23 mei 1990, KG 1990, 179 en KG 1990, 228.

⁸⁰ Hof 's-Gravenhage 17 april 1990, KG 1990, 289 met uitgebreide motivering.

⁸¹ Zie voor de jaren '70 en '80 daarover: Hoefnagel 1988, met name p. 293. Het lijkt mij dat het uitgangspunt, dat dergelijke voorzieningen in beginsel toegankelijk zijn voor eenieder, niet gewijzigd is. In Nederland zijn mij geen uitspraken bekend waarin de toegang tot een theater, bibliotheek o.i.d. geweigerd werd. In Duitsland zijn wel enige uitspraken bekend, hoewel deze oud zijn. Het gaat om zaken uit 1889, 1908 en 1931: Busche 1999, p. 165-166.

tussen precontractuele verhoudingen en contractdwang in de volgende paragraaf van dit hoofdstuk.

Anderzijds kan ook niet worden volgehouden dat het openbaar aanbod er helemaal niet toe doet in de gevallen besproken in deze paragraaf. Het zijn van een in beginsel voor het publiek toegankelijke instelling maakt dat eerder sprake is van discriminatie. Hoe meer men zich buiten de privé-sfeer begeeft, hoe meer het recht zich er mee bemoeit. In je eigen huis mag je toelaten en weigeren wie je wilt. Zo neemt men dat ook voor besloten verenigingen aan, maar nadrukkelijk niet voor disco's en clubs, ook al proberen deze net te doen alsof ze een besloten club zijn door middel van pasjessystemen e.d. De rechter prikt daar, gezien de hiervoor genoemde jurisprudentie, doorheen. Dat betekent dus dat het zijn van een openbare gelegenheid, en het doen van een openbaar aanbod, ertoe leidt dat eerder sprake zal zijn van discriminatie en daarmee van wanprestatie en een verplichting om de betreffende persoon in de toekomst toe te laten.

Een openbaar aanbod maakt derhalve wel dat er minder gelegenheid is om onderscheid te maken bij het contracteren, maar het is niet de enige factor. Er zijn bijvoorbeeld ook gevallen bekend van woningbouwverenigingen en andere verhuurders die discrimineerden bij het sluiten van huurovereenkomsten.⁸² Ik denk niet dat daar kan worden gesproken van een openbaar aanbod, daar de persoon van de huurder altijd van belang is, ook bij een niet-particuliere verhuurder. Maar er werden wel degelijk contracteerplichten opgelegd op grond van discriminatie.⁸³ Indien geen sprake is van discriminatie, kan het overigens ook zo zijn dat een huurovereenkomst bij de rechter wordt afgedwongen. De rechter in kort geding maakt een belangenafweging, waarbij de monopoliepositie van woningbouwverenigingen meeweegt.⁸⁴ De Commis-

82 Zie HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 687 (Kaya/Binderen). Zie hierover ook, met verwijzingen naar jurisprudentie: De Kluiver 1992, p. 73-75 en De Fey, Kellerman & Nieuwboer 2004, p. 239-241. Zie voor een BV die discrimineerde bij de verhuur van woonhuizen, door te weigeren een woning te verhuren aan een Turks gezin, Commissie Gelijke Behandeling, oordeel 23 mei 2003, nr. 03-65, te vinden in: De Wolff e.a. 2004, p. 196.

83 Art. 7 lid 1 sub c AWGB noemt 'instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuis-houding' bij het verbod om onderscheid te maken bij het aangaan van overeenkomsten. Op grond van art. 7 lid 1 sub d AWGB kan ook weigeren om kamers te verhuren in de eigen woning in strijd zijn met het recht op gelijke behandeling (en overigens ook strafbaar zijn op grond van 137g en 429quater Sr). Het is gebruikelijk dat de aanwezige bewoner(s) uit een aantal kandidaten de nieuwe huurder kunnen kiezen. Dat daarbij wordt gediscrimineerd is zeker niet uit te sluiten, maar daar zijn weinig gegevens over bekend. Het behoort tot de vrijheid van de burger om te kiezen wie hij in de woning, die hij ook zelf bewoont, als toelaat en dat geldt ook bij kamerverhuur. Voor kamerbemiddelingsbureaus geldt die vrijheid in veel mindere mate, ofschoon ook daarbij de andere huurders vaak een oordeel mogen geven over de nieuwe bewoner. Gegevens over discriminatie zijn er nauwelijks. Zie hierover: De Fey, Kellerman & Nieuwboer 2004, p. 249-250.

84 Pres. Rb. Utrecht 13 april 1989, *KG* 1989, 185; Pres. Rb. Groningen 25 maart 1992, *KG* 1992, 221; Hof Arnhem 21 januari 1985, *NJ* 1986, 447; Hof 's-Gravenhage 28 maart 1985, *NJ* 1986, 282; Pres. Rb. Utrecht 18 juni 1991, *NJ* 1992, 370; Pres. Rb. Groningen 14 juni 2001, *KG* 2001,

sie Gelijke Behandeling heeft in 1998 een oordeel gegeven over de verkoop van een voormalig schoolgebouw door de gemeente Alkmaar.⁸⁵ De gemeente wilde dit gebouw niet aan een stichting verkopen die een moskee in het gebouw wilde vestigen. Hier is geen sprake van een openbaar aanbod, omdat de koper en de bestemming die deze aan het pand zou geven van belang waren (vgl. ook het arrest Hofland/Hennis).⁸⁶ De Commissie oordeelde dat een ongeoorloofd onderscheid werd gemaakt naar godsdienst, hetgeen niet is toegestaan op grond van art. 7 AWGB. Nu is het de vraag of een oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling tot een afdwingbare contracteerplicht kan leiden, de oordelen zijn namelijk niet bindend,⁸⁷ maar de uitspraak illustreert wel dat contractweigering kan leiden tot discriminatie en dat dit wordt bestreden. Het is dus de bestrijding van deze discriminatie die de grondslag is voor de contractdwang. De contractdwang vloeit niet voort uit een eventueel gedaan openbaar aanbod.

De verhouding die er wel bestaat tussen openbaar aanbod en contractdwang is deze: in gevallen van contractdwang, is gebleken dat regelmatig enerzijds een machtspositie van de aanbieder bestaat en anderzijds een afhankelijkheid daarvan aan de vraagzijde. Vaak gaat het om diensten en goederen van algemeen nut. Juist bij dit type goederen en diensten valt een openbaar aanbod te verwachten. De monopolist die goederen van algemeen nut aanbiedt, zal uiteraard eenieder die goederen zoveel mogelijk willen aanbieden en zal daarom vaker werken met de figuur van het openbaar aanbod. Het is vaak een goed dat onafhankelijk van de wederpartij wordt aangeboden tegen vaste tarieven en vaste voorwaarden. Denk bijvoorbeeld aan het openbaar vervoer. Omgekeerd is duidelijk geworden dat het doen van een openbaar aanbod niet samen hoeft te lopen met contractdwang.

Polderman schreef al dat contractdwang en openbaar aanbod van elkaar moeten worden gescheiden, maar zijn reden voor die mening is een andere dan die ik hierboven geef. Volgens Polderman bestaat bij contractdwang een verplichting om een bepaalde prestatie te leveren, maar wordt daarbij niet gesteld dat diegene die contractdwang ondervindt, ook een aanbod zou moeten doen. Het initiatief hoeft niet van degene die de contractdwang ondervindt uit te gaan. Wordt hem echter gevraagd te presteren, dan kan hij niet weigeren. Bij een openbaar aanbod ligt dat natuurlijk anders: er is dan een aanbod dat alleen nog maar geaccepteerd hoeft te worden om een overeenkomst tot stand te laten komen.⁸⁸

213. Geen misbruik van monopoliepositie, vordering tot aangaan huurovereenkomst afgewezen in: Pres. Rb. Dordrecht 7 juni 1984, KG 1984, 195

85 Commissie Gelijke behandeling, oordeel 25 maart 1998, nr. 98-31.

86 HR 10 april 1981, NJ 1981, 532.

87 Zie hierover nader hfdst.10.

88 Polderman 1913, p. 28-30.

Poldermans visie is in overeenstemming met de definities die in de Duitstalige literatuur van contractdwang te vinden zijn en die teruggaan op Nipperdey. Contractdwang wordt daar omschreven als het *op verzoek* sluiten van een overeenkomst.⁸⁹ In mijn visie is contractdwang simpelweg te omschrijven als een contracteerplicht. Dat is een ruimere omschrijving, onder andere omdat ik daarmee in het midden laat van wie het initiatief tot contractsluiting komt of moet komen. In de eerste plaats doe ik dat, omdat de vraag wie het aanbod doet en wie aanvaardt, lang niet altijd duidelijk is. Ten tweede manifesteert contractdwang zich niet louter als het in moeten gaan op het initiatief van de ander. De concessiehouder in het openbaar vervoer is niet alleen verplicht om iedereen die zich bij de bushaltes meldt tegen de geldende voorwaarden te vervoeren, maar hij dient ook een dienstregeling af te kondigen en uit te voeren (een dienstregeling waarover door de concessiegever voorwaarden zijn gesteld). De contractdwang brengt wel degelijk de verplichting mee om initiatief te nemen, om een (openbaar) aanbod te doen. In lang niet alle gevallen van contractdwang is dit waar. Een verzekeringsmaatschappij hoeft bijvoorbeeld niet te adverteren met haar ziektekostenverzekeringen, hoeft daar niet actief klanten voor te zoeken. Wordt echter een verzoek gedaan om een ziektekostenverzekering af te sluiten, dan zal in het geval iemand voldoet aan de voorwaarden voor een standaardpakketpolis, die verzekering moeten worden afgesloten.

In mijn visie kan contractdwang dus wel degelijk voorafgaan aan het openbaar aanbod, sterker nog, contractdwang kan een verplicht openbaar aanbod meebrengen. Bij energie is dat mijns inziens niet het geval: de wettelijke contractdwang verplicht niet tot het bekendmaken van voorwaarden en dergelijke en daarmee tot het doen van een openbaar aanbod. Bij openbaar vervoer ligt dat anders, omdat daar de concessie zelf precies aangeeft welk traject verzorgd dient te worden. Bij telecommunicatie zie ik ook geen verplicht openbaar aanbod, bij post wel, omdat de verplichting om in bepaalde kernen de bekende rode brievenbussen te plaatsen is vastgelegd. Overigens is ook de frequentie van de postbezorging bij AMVB vastgelegd, maar dat lijkt me meer een eis van uitvoering dan dat daar een verplicht openbaar aanbod uit blijkt. Bij verzekeringen bespeur ik evenmin een verplicht openbaar aanbod, zie hierboven. Kortom, bij post en bij openbaar vervoer constateer ik een verplicht openbaar aanbod, in andere gevallen niet. Ik twijfel er echter niet aan dat het allemaal gevallen van contractdwang zijn, en daarom is mijn definitie van contractdwang niet beperkt tot de situatie waarin degene die contractdwang ondervindt, op verzoek moet contracteren. Contractdwang omvat namelijk ook de situatie dat de gedwongene zelf het initiatief moet nemen door het doen van een openbaar aanbod. Verder gaat dat initiatief overigens ook niet. Het is uiteindelijk de klant die actie zal moeten onder-

89 Nipperdey 1920, p. 7.

nemen om te contracteren, in zoverre begrijp ik de Duitstalige definities wel. De bus rijdt gewoon, de brievenbus staat er. Het punt is dat ik praten in termen van initiatief en aanbod en aanvaarding niet verhelderend vind, als het erom gaat contractdwang te definiëren. Want wat wordt dan precies bedoeld met initiatief? Uit het bovenstaande blijkt al dat er twee verschillende begrippen ‘initiatief’ kunnen worden gebruikt. Hetzelfde geldt voor aanbod en aanvaarding: soms loopt dat proces zo door elkaar dat niet meer duidelijk is wanneer wat plaats heeft gevonden.

Contractdwang verplicht derhalve soms tot het doen van een openbaar aanbod, soms ook niet. In sommige gevallen lopen contractdwang en openbaar aanbod samen, zonder dat men kan zeggen dat het openbaar aanbod verplicht is gedaan, dus onder invloed van de contractdwang. En soms is sprake van contractdwang, zonder dat er een openbaar aanbod is. En soms is er een openbaar aanbod, terwijl er geen contractdwang plaats vindt. Werkelijk alle variaties komen voor, hetgeen er voor mij op duidt, dat er geen duidelijke samenhang bestaat, anders dan de hierboven al genoemde aard van de producten en diensten en de inrichting van de markt.

4 NIETIGHEID OP GROND VAN ARTIKEL 3:40 BW

Directe contractdwang heeft vrijwel steeds de vorm van een dwingende wetsebepaling. Het verrichten van een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsebepaling zou kunnen leiden tot nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Toch levert dat bij contractdwang een rare situatie op, want de wetsebepaling verplicht nu juist tot het aangaan van een rechtshandeling. Het niet aangaan van de rechtshandeling is in strijd met het dwingend recht, niet het wel verrichten van de rechtshandeling. Artikel 3:40 lid 2 BW mist uit de aard der zaak toepassing.

Iets anders is dat regelmatig bij contractdwang ook wettelijke inhoudseisen worden gesteld. Vaak is bij AMvB vastgesteld tegen welke prijzen en overige voorwaarden moet worden gepresteerd (vgl. het Barp voor de postbezorging, het ARV voor het treinvervoer). Zou daarmee in strijd worden gecontracteerd, dan is de inhoud wellicht in strijd met openbare orde en/of goede zeden en is dan op basis van artikel 3:40 lid 1 BW nietig. Zou dus TPG post voor brieven een hoger tarief vragen dan wettelijk vastgelegd (vaak is overigens niet de prijs vastgelegd, maar de maximale tariefsverhoging), dan zou de overeenkomst op basis waarvan de post wordt verstuurd nietig kunnen zijn. Wellicht dat de afzender daar iets mee opschiet als men partiële nietigheid (art. 3:41 BW) kan aannemen, namelijk nietigheid voor het deel dat boven het toegestane tarief uitgaat: dan kan hij een deel van zijn geld terugkrijgen. Ieder individu moet dan echter afzonderlijk zijn geld terughalen. Meer heil is in dergelijke gevallen te verwachten van het ingrijpen van OPTA en andere toezichthouders.

5 Vernietiging vanwege een wilsgebrek

5.1 Contractdwang: gebrekkig gevormde wil?

Zoals uit het voorgaande blijkt, ben ik van mening dat een overeenkomst, ook indien sprake is van contractdwang, gewoon tot stand komt. Degene die onder invloed van contractdwang contracteert legt een verklaring af die correspondeert met zijn wil, in het systeem van artikel 3:33 BW. Toch is er met die wil wel iets aan de hand, althans in die gevallen waarin de contractdwang niet samenvalt met het feit dat de gedwongene toch al wilde overeenkomen. Theoretisch beschouwd kan de vraag rijzen of in het geval dat de contractant niet zou hebben gecontracteerd als hij daartoe niet was verplicht, de wil gebrekkig is gevormd? Een wilsgebrek wil immers zeggen dat de wil is beïnvloed en wel op een dusdanige manier dat zonder die beïnvloeding deze rechtshandeling niet zou zijn verricht.

Het antwoord op deze vraag is ontkennend. De wil is niet zozeer gebrekkig alswel hij wordt opzij gezet door een wettelijke bepaling of een ongeschreven norm (toegepast door een rechter).

Het is overigens ook niet wenselijk dat contractdwang als wilsgebrek zou worden opgevoerd. Degene die verplicht heeft gecontracteerd, zou dan gemakkelijk weer van de overeenkomst af kunnen als hij op grond van een wilsgebrek kan vernietigen. De contractdwang wordt dan illusoir.

Hierbij is nog afgezien van het feit dat de gevallen waarin contractdwang voorkomt, niet onder één van de vier in de wet genoemde wilsgebreken kan worden geschaard. Het gedwongen karakter van een overeenkomst gesloten onder invloed van contractdwang komt ook niet overeen met de situatie die zich voordoet bij de bestaande wilsgebreken. Bij dwaling, bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden, gaat het vrijwel altijd om gedrag van de wederpartij dat deze wordt aangerekend, wederzijdse dwaling uitgezonderd. Van bedreiging of misbruik van economische omstandigheden kan ook al geen sprake zijn, omdat dit een onrechtmatige daad oplevert. Uiteraard kan bij contractdwang, die in de wet is vastgelegd, danwel op grond van open normen door de rechter wordt opgelegd, geen sprake zijn van een onrechtmatige daad.

Bij contractdwang gaat het niet om gedrag van de wederpartij dat leidt tot een eventueel 'gebrekkige' (want gedwongen) wil. Klik spreekt over '(...) een spiegelbeeld (...) met contractsdwang: bij een wilsgebrek gaat het om een situatie waarin een contract tot stand is gekomen, maar het recht aan de overeenkomst effect wil onthouden, terwijl bij contractsdwang geen overeenkomst tot stand is gekomen maar het recht juist (het effect van) de overeenkomst wenst.⁹⁰

90 Klik 1992, p. 13.

5.2 Beroep op wilsgebrek beperkt?

Een tweede vraag is of een overeenkomst die onder invloed van contractdwang is gesloten, wel kan worden vernietigd door degene die de contractdwang ondervindt? Reden voor het opleggen van contractdwang is immers vaak dat de prestatie waarop het contract recht geeft, een voor de vrager noodzakelijke prestatie is. Indien de overeenkomst wordt vernietigd, hoeft er niet meer te worden gepresteerd, hetgeen strijdig kan zijn met de behoefte van de vrager.

Ten aanzien van bedrog en dwaling geldt in ieder geval dat een verzekeraar zich daarop niet kan beroepen, aldus 7.17.1.6a. Dat heeft te maken met de eigen regeling die de verzekeringsovereenkomst kent met betrekking tot misleiding. Met het al dan niet bestaan van contractdwang heeft het niet te maken.

Voor het overige heb ik niet de indruk dat er beperkingen zijn. Indien de energieleverancier bij de totstandkoming van de overeenkomst is bedrogen door de afnemer, dan zal de leverancier de overeenkomst kunnen vernietigen, ondanks de grote afhankelijkheid van energie. De uitoefening van deze bevoegdheid zal echter wel aan strikter normen onderworpen zijn dan bij veel andere contracten het geval is: zo zal een termijn in acht moeten worden genomen, zodat de afnemer naar een ander kan overstappen. Ook is voor te stellen dat niet wordt afgesloten, maar dat eventueel ontstane schade moet worden vergoed. Dit is een theoretisch geval, want ik ben noch bij de energieleveringsovereenkomst, noch bij de vervoersovereenkomst, noch bij de overeenkomst tot telefoonaansluiting, noch bij de overeenkomsten van opdracht met beroepsbeoefenaren, een beroep op een wilsgebrek van de zijde van de leverancier van het goed of de verrichter van de dienst tegengekomen. Het gaat natuurlijk vaak om standaardcontracten, waar de voorwaarden vooraf vast liggen, en waar dus de ruimte voor bedrog of dwaling klein is. Grote uitzondering is de verzekeringsovereenkomst, waar bedrog door de aspirant-verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering wel voorkomt, maar daar zijn zoals gezegd eigen regels voor, die met het vertrouwenskarakter van de verzekeringsovereenkomst te maken hebben en niet met contractdwang.

6 AFGEBROKEN ONDERHANDELINGEN

Sinds het arrest Plas/Valburg⁹¹ onderscheidt men in Nederland drie stadia in de onderhandelingen. Een eerste stadium waarin afbreken vrij staat, een tweede stadium waarin afgebroken mag worden, maar waar bepaalde kosten vergoed dienen te worden en een derde stadium waarin afbreken niet meer geoorloofd is. Dit derde stadium breekt aan indien de wederpartij van de afbrekende partij er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat een contract uit de onderhandelingen zou resulteren. Breekt men in dit stadium af, dan dient

91 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723.

de schade die de onderhandelingspartner lijdt vergoed te worden, hetgeen ook de gederfde winst kan omvatten.⁹² Bovendien kan door de rechter een plicht tot dooronderhandelen worden opgelegd.⁹³

Op deze zogenaamde derde fase van de onderhandelingen is veel kritiek. Eén van de kritiekpunten is dat de rechtspraak van de Hoge Raad over de derde fase tot contractdwang zou leiden. Hoewel er nog geen overeenkomst tot stand is gekomen, is men wel al gebonden.

Bij onderhandelingen is men in beginsel vrij om al dan niet tot de onderhandelingen toe te treden. Naarmate deze onderhandelingsrelatie zich verdicht zal men zich meer gelegen moeten laten liggen aan de 'wederpartij', totdat uiteindelijk niet meer afgebroken mag worden. Dit proces speelt zich echter niet buiten de onderhandelingspartners om af: zij participeren hier actief in. Het bereiken van de derde fase is in die zin een consequentie van het eigen gedrag. Er ontstaat gebondenheid uit eigen vrije wil. Er is geen vooropgestelde plicht om de onderhandelingen zover te laten komen en dus in ieder geval geen directe contractdwang.

Ook van indirecte contractdwang is geen sprake, hoewel een gelijkenis bestaat tussen bijvoorbeeld de verhuurder die op discriminatoire gronden weigert te verhuren en daartoe vervolgens door de rechter wordt veroordeeld (een geval van indirecte contractdwang) en degene die de onderhandelingen afbreekt en moet dooronderhandelen. In beide gevallen is het rechterlijk bevel een sanctie wegens het schenden van een norm. Die norm is bij de verhuurder dat er niet mag worden gediscrimineerd en bij de aspirant-contractant dat hij niet het gerechtvaardigd vertrouwen van de onderhandelingspartner mag schenden.

Het bevel tot dooronderhandelen verschilt echter met het bevel aan de verhuurder om te verhuren, in die zin dat de verhuurder nooit de wil heeft gehad om te contracteren, althans niet met deze wederpartij. Bij de afgebroken onderhandelingen ligt dat anders. De onderhandelende partijen zijn vrijwillig rond de tafel gaan zitten, met de intentie tot overeenstemming te komen. Indien men dan de onderhandelingen zover laat komen dat de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwt op de totstandkoming van het contract en men wordt vervolgens tegen zijn zin veroordeeld om verder te onderhandelen, dan

92 Hierop zijn door de Hoge Raad inmiddels enige nuanceringen aangebracht. Zo is in het arrest *De Ruiters/MBO* (HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481) bepaald dat onvoorziene omstandigheden er toe kunnen leiden dat ondanks gerechtvaardigd vertrouwen van de onderhandelingspartij de onderhandelingen toch mogen worden afgebroken.

93 Zie bijv. Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 december 1993, *KG* 1994, 28; Pres. Rb. Zwolle 22 maart 1996, *KG* 1996, 168; Pres. Rb. Utrecht 24 april 1997, *KG* 1997, 187; Pres. Rb. Dordrecht 29 juli 1997, *KG* 1998, 22; Pres. Rb. Rotterdam 12 juni 2001, *KG* 2001, 209; Pres. Rb. Rotterdam 19 oktober 2001, *KG* 2002, 68. In al deze gevallen legde de rechter een plicht tot dooronderhandelen op en niet een plicht tot het sluiten van de overeenkomst. In principe kunnen de onderhandelingen daarna alsnog afketsen, al zal dat wel niet kunnen zonder dat een serieuze poging is gedaan tot een vergelijk te komen. Een plicht tot dooronderhandelen en een plicht tot het sluiten van een overeenkomst zijn derhalve gradueel verschillend.

is het sluiten van de overeenkomst wel tegen de wil van de contractant, maar op dat moment desalniettemin een uitvloeisel van de wil zoals die gebleken is tijdens het onderhandelingsproces. De situatie is wat mij betreft vergelijkbaar met die waarbij de overeenkomst reeds gesloten is en een contractant direct daarna spijt krijgt. Ook dan kan hij niet meer terug. Bij de derde fase van de onderhandelingen is dit wilsmoment als het ware naar voren geschoven. De vraag of dat wenselijk is, laat ik hier voor wat zij is.

Een andere reden dat ik een dooronderhandelingsplicht niet tot indirecte contractdwang reken, in tegenstelling tot contracteerplichten door de rechter opgelegd als sanctie op discriminatie, is het volgende. De norm dat discriminatie ongeoorloofd is, geldt onafhankelijk van de concrete situatie. Deze norm heeft algemene gelding in de maatschappij. De norm dat men zich de gerechtvaardigde belangen van de onderhandelingspartij moet aantrekken en daarom vanaf zeker moment de onderhandelingen niet meer mag afbreken, dan wel niet meer mag afbreken zonder bepaalde vergoedingen te betalen, is een norm die pas in werking treedt op het moment dat er wordt onderhandeld. Het ingaan van die onderhandelingen, het verder gaan in de onderhandelingen en daarmee het van toepassing laten worden van deze norm, is ter vrije bepaling aan de partijen.

Contractdwang is een aantasting van de contractvrijheid in die zin, dat de vrijheid om te kiezen of men een overeenkomst wil aangaan of niet, beperkt is. In het geval van afgebroken onderhandelingen is naar mijn idee geen sprake van contractdwang, omdat de bevoegdheid om niet te contracteren wel degelijk aanwezig is. De contractvrijheid is niet aangetast, want er is geen verplichting om de onderhandelingen aan te gaan en voort te zetten. Het probleem is natuurlijk om te bepalen waar het punt ligt vanaf waar men gebonden raakt, maar ervan uitgaande dat dat duidelijk zou zijn, is men tot dat moment vrij om de onderhandelingen af te breken. Bij het moeten contracteren omdat er anders sprake is van discriminatie, ligt dat in zoverre anders dat de contractvrijheid daar wel is ingeperkt, omdat daar wel een verplichting bestaat om onderhandelingen aan te gaan en te contracteren. De vrijheid om al dan niet het (pre)contractuele traject in te gaan bestaat in die gevallen niet. Dit wordt weliswaar pas achteraf vastgesteld, als de rechter oordeelt dat sprake was van discriminatie, maar de norm gold op het moment van de weigering.

Uiteraard is hier tegen in te brengen dat een verhuurder van woningen, of een verzekeringsmaatschappij, of wellicht een winkel, ook zelf ervoor kiest dat de norm dat zij niet mogen discrimineren op hen van toepassing is, omdat zij zich tot het publiek richten, zich in de samenleving begeven, in plaats van in het privé-domein te blijven. Niemand verplicht hen huizen te verhuren (hoewel dat bij woningcorporaties niet opgaat), verzekeringen te verkopen of waren aan de man te brengen. Zij begeven zich in alle vrijheid in het contractuele verkeer.

Toch vind ik het feit dat het in het ene geval gaat om een algemeen geldende norm, los van de contractuele setting zelfs (discriminatie is ongeoorloofd)

en het feit dat het in het andere geval gaat om een specifiek op de totstandkoming van het contract gerichte norm (zorgvuldig onderhandelen) van dien aard dat ik in het ene geval vind dat sprake is van contractdwang en in het andere geval niet. In het eerste geval heeft men nooit willen contracteren, in het tweede geval heeft men in beginsel wel het oog gehad op contracteren, maar is men daar in een te laat stadium op teruggekomen. Het eerste is een inbreuk op de contractvrijheid en het tweede niet.

7 CONCLUSIE

Contractdwang leidt tot de totstandkoming van overeenkomsten. De dwang die wordt ondervonden staat daaraan niet in de weg.

Het vereiste van wilsovereenstemming staat niet in de weg aan de totstandkoming van een overeenkomst onder contractdwang. Artikel 3:33 BW eist niet meer dan dat wil en verklaring van degene die een aanbod doet, of dat aanvaardt, met elkaar overeenstemmen. Ook indien de contractant zonder het bestaan van de contractdwang nooit zou hebben gecontracteerd, is aan deze eis voldaan. Contractdwang leidt dus niet tot een probleem op het niveau van de totstandkoming van de overeenkomst.

In de praktijk worden (rechts)verhoudingen die onder contractdwang tot stand zijn gekomen beschouwd als overeenkomsten, ook door de partijen op wie de contractdwang rust.

Contractdwang kan leiden tot de vraag of de wil misschien gebrekkig is gevormd. Contractdwang is echter niet onder te brengen bij één van de vier bestaande wilsgebreken. Mijn gevolgtrekking is dat het gaat om geheel verschillende figuren die hoogstens met elkaar gemeen hebben dat zij ingrijpen bij (economisch) overwicht waarvan misbruik wordt gemaakt.

Contractdwang verplicht soms tot het doen van een openbaar aanbod. Het bestaan van een openbaar aanbod leidt er soms ook toe dat bij onterechte weigeringen om een prestatie te verrichten (zoals het verlenen van toegang tot een openbare gelegenheid), geen sprake is van contractweigering maar van wanprestatie.

Ten onrechte afgebroken onderhandelingen waarbij de rechter een dooronderhandelingsplicht oplegt, leveren geen contractdwang op.

9 | Uitvoering

1 INLEIDING

Bij vernietiging of nietigheid van een overeenkomst die nog niet is uitgevoerd, komt de plicht om de overeengekomen prestatie te verrichten te vervallen. Omdat in een geval van contractdwang de wederpartij vaak afhankelijk is van deze prestatie, kan de vraag rijzen of ook een beperking plaatsvindt van de mogelijkheid om een actie tot vernietiging of nietigheid in te stellen. Het resultaat van ontbinding, opzegging en opschorting is eveneens dat de overeengekomen prestatie door degene die de actie instelt niet hoeft te worden verricht. Ook daar kan dus de vraag worden gesteld of deze rechtsmiddelen wel onbeperkt kunnen worden benut indien het gaat om een overeenkomst waarbij contractdwang aan de orde is. Ik concentreer mij uit de aard der zaak op opschorting, ontbinding, opzegging en vernietiging van de zijde van degene die contractdwang ondervindt.

Bij wanprestatie is de vraag uiteraard niet of wanprestatie wel geoorloofd is (dat is het in principe nooit), maar of eerder wanprestatie zal plaatsvinden, nu één der partijen gedwongen is de contractuele relatie aan te gaan. Met andere woorden: heeft het feit dat er sprake was van contractdwang invloed op de uitvoering van het contract? Ook komt hierbij aan de orde of een beroep op overmacht minder gemakkelijk slaagt.

Bedrijven die contractdwang ondervinden maken veelvuldig gebruik van algemene voorwaarden. In het bijzonder geldt dit voor directe contractdwang. Vanwege de afhankelijkheid van de vragende partij, die vaak een rol speelt bij contractdwang, kan de vraag rijzen of algemene voorwaarden eerder onredelijk bezwarend zijn, of op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing moeten blijven. Men komt dan uit op de criteria uit artikel 6:233 sub a BW en Saladin/HBU,¹ waarbij in overeenkomsten gesloten onder contractdwang met name factoren als de hoedanigheid van partijen en de aard van de overeenkomst een rol spelen.

Ik concentreer mij in dit hoofdstuk op overeenkomsten die worden gesloten met de eindafnemers van de producten of diensten. De totstandkoming, inhoud en uitvoering van 'toegangsovereenkomsten' tussen beheerders van infrastructuur enerzijds en leveranciers, dienstverleners of vervoerders anderzijds, zijn

1 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261.

in sterke mate geregeld in sectorspecifieke wetgeving en komen hier niet specifiek aan bod.²

2 OPSCHORTING, ONTBINDING EN OPZEGGING

2.1 Algemeen

Een geslaagd beroep op opschorting leidt er toe dat (tijdelijk) niet hoeft te worden gepresteerd. Dit kan problemen opleveren in gevallen van contractdwang, omdat meestal in dat geval de andere partij in hoge mate afhankelijk is van de prestatie die wordt opgeschort. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor ontbinding. Ik behandel ze hier gezamenlijk omdat bij wederkerige overeenkomsten opschorting een voorstadium kan zijn van ontbinding. Waar nodig zal specifiek op opschorting danwel ontbinding worden ingegaan.

Ook opzegging van overeenkomsten komt in deze paragraaf aan de orde. Hoewel opzegging ten gronde verschilt van opschorting en ontbinding in die zin dat voor laatstgenoemde acties een tekortkoming in de nakoming vereist is en voor opzegging niet (opzegging is ook alleen op de toekomst gericht), is er toch aanleiding om ze in één paragraaf te behandelen. Veel van de overeenkomsten die aan de orde komen bij contractdwang zijn duurovereenkomsten. Daarbij liggen opschorting, ontbinding en opzegging in elkaars verlengde, sterker nog, soms is niet geheel duidelijk welk middel nu wordt ingezet.

Het ligt in de lijn der verwachtingen dat indien een partij contractdwang ondervindt, deze partij ook niet zonder meer de overeenkomst zal kunnen opzeggen. Bij het opzeggen van een duurovereenkomst dienen partijen zich tegenover elkaar te gedragen naar eisen van redelijkheid en billijkheid.³ Bij het vaststellen van wat redelijkheid en billijkheid eisen, kan het feit dat sprake is van contractdwang een rol spelen. Dit kwam aan de orde in een arrest van de Hoge Raad uit 1977 over een medewerkerovereenkomst tussen het ziekenfonds en een arts.⁴ De Hoge Raad:

‘Het middel stelt de vraag aan de orde in hoeverre een door een ziekenfonds met een huisarts gesloten overeenkomst als bedoeld in de artt. 44 lid 1 en 47 lid 1 Ziekenfondswet, door opzegging door het ziekenfonds kan worden beëindigd.

Voorop moet worden gesteld dat de huisarts, die door een zodanige overeenkomst wordt toegelaten tot de fondspraktijk, er een wezenlijk belang bij heeft dat de aldus gevestigde rechtsbetrekking duurzaam zal zijn. Uit het bestreden vonnis blijkt voorts dat pp. de onderhavige overeenkomst niet voor een bepaalde duur

2 Zie nader hfdst. 2, 3 en 4, met name hfdst. 2, par. 4.

3 Strijbos 1985, p. 11.

4 HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 156 m.nt. ARB.

hebben gesloten en niet hebben voorzien in een mogelijkheid van eenzijdige beëindiging daarvan door het ziekenfonds.

Dit een en ander sluit evenwel niet uit dat uit de goede trouw, bedoeld in art. 1374 lid 3 BW, kan voortvloeien dat de overeenkomst niettemin voor beëindiging door het Ziekenfonds vatbaar is. Daarvoor kan met name plaats zijn in geval van – niet in de overeenkomst verdisconteerde – omstandigheden van zo ernstige aard dat de arts naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die in de voormelde goede trouw liggen opgesloten, geen onbepaalde instandhouding van de overeenkomst door het ziekenfonds mag verwachten. In dat geval zal, zo aan de hand van de goede trouw geen minder ingrijpende oplossing gevonden kan worden, het ziekenfonds bevoegd zijn tot opzegging van de overeenkomst op de termijn en eventueel onder de voorwaarden, die in verband met de belangen van beide pp. redelijk zijn te achten.

Anders dan de Rb. heeft aangenomen, staat ook het feit dat het ziekenfonds op grond van art. 47 lid 1 Ziekenfondswet jegens X tot het aangaan van de overeenkomst verplicht was, niet aan een opzegbaarheid van de overeenkomst op grond van omstandigheden als bovenbedoeld in de weg. Art. 47 lid 1 is hierbij slechts in zoverre van invloed dat geen opzegging als voormeld zal kunnen plaatsvinden op grond van omstandigheden die niet op zijn minst tevens 'ernstige bezwaren' opleveren, van dien aard dat zij het ziekenfonds bevoegd zouden hebben gemaakt krachtens deze bepaling het aangaan van de overeenkomst te weigeren.

Het middel treft derhalve in zoverre doel dat de Rb. ten onrechte heeft geoordeeld dat de onderhavige overeenkomst naar haar aard in het geheel niet, en derhalve ook niet op grond van omstandigheden als voormeld, voor eenzijdige beëindiging door het ziekenfonds vatbaar is. Het bestreden vonnis dient daarom te worden vernietigd.

Opmerking verdient daarbij nog dat aan het bovenstaande niet afdoet dat de door het ziekenfonds in dit verband ingeroepen gedragingen van X – dat hij in de jaren 1973 en 1974 welbewust in strijd met de voor hem bindende voorschriften te hoge bedragen heeft gedeclareerd, die door het ziekenfonds voorlopig zijn begroot op f 15 000 – zowel naar de stellingen van het ziekenfonds als naar de vaststelling van de Rb. wanprestatie opleveren en dat de Rb. ten aanzien van de vraag of deze wanprestatie voldoende ernstig is om een ontbinding op grond van art. 1302 BW te rechtvaardigen, een nader onderzoek nodig heeft geoordeeld. Ook indien de voormelde gedragingen van X geen ontbinding wegens wanprestatie zouden rechtvaardigen, is immers denkbaar dat zij in het licht van de aard van de overeenkomst en de overige omstandigheden van het geval wel een grond opleveren voor een opzegbaarheid als boven omschreven, waarvan de gevolgen door de termijn waarop en de voorwaarden waaronder de opzegging kan geschieden, niet even ingrijpend als die van een ontbinding wegens wanprestatie behoeven te zijn;

De Hoge Raad geeft hier aan dat opzegging mag, maar alleen als het gaat om omstandigheden, die waren zij aanwezig geweest ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, er toe hadden geleid dat een uitzondering was gemaakt op de contracteerplicht. Met andere woorden: als de overeenkomst niet gesloten had hoeven worden, dan kan zij ook worden opgezegd.

In de volgende subparagrafen passeren opschorting, ontbinding en opzegging van verschillende overeenkomsten waarbij contractdwang voorkomt, de revue.

2.2 Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst door netbeheerder of leverancier van energie

2.2.1 *De netbeheerder*

De Model algemene voorwaarden van de netbeheerders⁵ bepalen in artikel 2 lid 4:

Voorts is de netbeheerder bevoegd een aansluiting niet tot stand te brengen, uit te breiden, te wijzigen of te activeren dan wel geheel of gedeeltelijk weg te nemen of te deactiveren, indien één of meer van de in of krachtens deze algemene voorwaarden gestelde bepalingen of voorschriften niet zijn of worden nagekomen en de uitoefening van die bevoegdheid door de netbeheerder gerechtvaardigd is.

Deze bepaling heeft betrekking op zowel contractweigering, als opschorting, als opzegging, alsook ontbinding.

Opschorting kan plaatsvinden op grond van niet-nakoming door de afnemer, waarbij met name worden genoemd wanbetaling, en het niet in orde zijn van de gasinstallatie of de elektrische installatie.⁶

Bij wanbetaling dient de netbeheerder schriftelijk aan de afnemer mede te delen dat er niet is betaald. Tevens dient hij een nieuwe betalingstermijn

5 Model algemene voorwaarden aansluiting en transport gas 2000 voor huishoudelijke afnemers, Model algemene voorwaarden aansluiting gas 2002 voor zakelijke afnemers en Model algemene voorwaarden aansluiting en transport elektriciteit 2000, zowel de voorwaarden voor zakelijke als voor huishoudelijke afnemers. De Model algemene voorwaarden worden vastgesteld door EnergieNed, de brancheorganisatie voor alle bedrijven die in Nederland actief zijn in productie, transport, handel of levering van gas, elektriciteit en/of warmte. De Model algemene voorwaarden zijn te downloaden op <www.energiened.nl>, onder publicaties, juridisch. Er zijn verschillende model algemene voorwaarden voor gas en elektriciteit. In de eerste plaats zijn er verschillende sets voorwaarden al naar gelang het gaat om de verhouding tussen de netbeheerder/transporteur en de leverancier, of de verhouding tussen de leverancier en de gebruiker/afnemer. Ten tweede wordt onderscheid gemaakt tussen voorwaarden die worden opgenomen in contracten met zakelijke afnemers en in contracten met huishoudelijke afnemers. Overigens dienen de algemene voorwaarden wel onderdeel van het contract zijn geworden (door aanbod en aanvaarding), willen ze gelding hebben. De vraag is of dat gebeurd is bij de contracten die gesplitst zijn na invoering van de nieuwe Elektriciteitswet. Voorheen was er één energieleveringscontract, nu zijn het er twee (netbeheer/transport) en levering. Die tweedeling is vaak geruisloos verlopen. Zie hierover ook: Goes & Koster 2004, p. 60.

6 Resp. art. 9 (huishoudelijke afnemers) en 10 (zakelijke afnemers) Model algemene voorwaarden aansluiting elektriciteit 2000 en art. 8 Model voorwaarden aansluiting gastransportnet 2002 voor zakelijke afnemers en art. 6 Model algemene voorwaarden transport gas 2002 voor zakelijke netgebruikers.

vast te stellen. Als ook binnen deze termijn niet is betaald, dan is de afnemer zonder nadere ingebrekestelling in verzuim (hetgeen correspondeert met artikel 6:83 sub a BW: na verloop van een fatale termijn is de schuldenaar van rechtswege in verzuim). Indien door een huishoudelijke afnemer een verzoek om een betalingsregeling wordt gedaan, dient de netbeheerder daar gemotiveerd op te beslissen, alvorens de afnemer in verzuim kan raken. Voor zakelijke afnemers staat de mogelijkheid om een betalingsregeling aan de netbeheerder aan te bieden niet in de algemene voorwaarden.⁷

Opzegging door de netbeheerder dient gemotiveerd en schriftelijk te geschieden en is slechts mogelijk ingeval van zwaarwichtige belangen en met hantering van een opzegtermijn van zes maanden bij een contract met zakelijke afnemers en een termijn van minimaal negentig dagen bij een contract met huishoudelijke afnemers.⁸

Zowel in de Gaswet als in de Elektriciteitswet staat een bepaling die met zich meebrengt dat zowel de netbeheerder als de leverancier een beleid voeren dat erop gericht is te voorkomen dat kleinverbruikers worden afgesloten in de periode van 1 oktober tot 1 april van enig jaar. Deze bepaling is bij amendement in de wet opgenomen, om duidelijk te maken dat zoveel mogelijk dient te worden voorkomen dat afsluiting van gas of elektriciteit in de winter plaats vindt, vanwege de vergaande consequenties die dat heeft voor de leefomstandigheden van de afnemer. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over het beëindigen van de levering in de genoemde periode.⁹

2.2.2 De leverancier

De Model algemene voorwaarden¹⁰ bepalen dat de leverancier onder andere vanwege de volgende omstandigheden de levering van energie kan opschorten.

In de eerste plaats is een reden voor opschorting dat de afnemer niet betaalt. Artikel 6 lid 1 sub b:¹¹

7 Art. 17 Model algemene voorwaarden aansluiting en transport gas en elektriciteit 2000 huishoudelijke afnemers. Model algemene voorwaarden aansluiting en transport gas 2002 voor zakelijke afnemers bepalen dat de afnemer van rechtswege in verzuim is als hij niet betaalt, een herinnering hoeft niet te worden verzonden, zie art. 13.

8 Art. 7 lid 3 Model algemene voorwaarden aansluiting op het transportnet 2002 voor zakelijke afnemers, art. 3 lid 3 Model algemene voorwaarden transport gas 2002 voor zakelijke netgebruikers en art. 6 lid 4 Model algemene voorwaarden aansluiting en transport gas en elektriciteit 2000 voor huishoudelijke afnemers.

9 Art. 44 leden 7 en 8 Gaswet en art. 95b leden 7 en 8 Elektriciteitswet.

10 Model algemene voorwaarden levering gas 2000 zakelijke verbruikers en huishoudelijke verbruikers. In de model algemene voorwaarden voor levering van elektriciteit staat een vergelijkbare bepaling.

11 Model algemene voorwaarden voor de levering van elektriciteit 2000 voor huishoudelijke verbruikers en Model algemene voorwaarden voor de levering van gas 2000 voor huishoudelijke afnemers.

De leverancier is bevoegd – zo mogelijk na voorafgaande waarschuwing – de levering te onderbreken, indien en zolang de gebruiker één of meer artikelen van deze algemene voorwaarden of de op grond van deze voorwaarden van toepassing zijnde voorschriften niet nakomt. Een dergelijk geval kan zich onder andere voordoen indien:

(...)

b. de gebruiker overeenkomstig het bepaalde in artikel 13 van deze algemene voorwaarden in verzuim is een vordering terzake van levering, dan wel een andere opeisbare vordering, die de leverancier op hem heeft, te voldoen, met inbegrip van die terzake van levering ten behoeve van een ander, respectievelijk vorig perceel, mits er voldoende samenhang bestaat tussen de vordering en de verbintenis van de leverancier om onderbreking te rechtvaardigen. Dit geldt mede met betrekking tot vorderingen van de leverancier terzake van levering ten behoeve van de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Ook het niet nakomen van een betalingsregeling is grond voor opschorting.¹²

Bovengenoemde bepaling uit de Model algemene voorwaarden is een weergave van hetgeen in de jurisprudentie over opschorting bij wanbetaling was uitgekristalliseerd. De opschortingbevoegdheid van het energiebedrijf zoals die uit de rechtspraak naar voren komt, is in sterke mate bepaald door de hoedanigheid van de contractpartijen en het product dat geleverd wordt. De monopolistische leverancier van eerste levensbehoeften mag niet zomaar levering opschorten. Opschorting is niet geoorloofd indien daardoor onevenredig grote schade aan de wederpartij zou worden toegebracht.¹³ Er dient een belangenafweging plaats te vinden tussen het belang van degene die opschort en het belang van de wederpartij.¹⁴

12 Art. 6 lid 1 sub c Model algemene voorwaarden gas en elektriciteit 2000, huishoudelijke afnemers.

13 *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 207.

14 Streefkerk 1995, p. 42. Daarbij kan ook een proportionaliteitstoets worden aangelegd. In beginsel kan ook bij kleine betalingsachterstanden worden opgeschort, omdat dat goed past bij het opschortingsrecht als pressiemiddel. In rechtspraak over afnemers van energie die om politieke redenen een gedeelte van hun rekening niet betaalden, is dat expliciet uitgemaakt. Rechter concludeerde dat het energiebedrijf niet hoeft te leveren, als het van tevoren weet dat een gedeelte niet betaald wordt (omdat dit wordt overgemaakt aan een actiebeweging als Weiger Atoomstroom of Weigering Defensiebelasting bijvoorbeeld). Het feit dat het ging om een relatief laag bedrag en een principiële zaak, deed daaraan niet af. Pres. Rb. Haarlem 13 juni 1983, *KG* 1983, 199; Pres. Rb. Haarlem 20 januari 1984, *KG* 1984, 49; Hof Leeuwarden 22 februari 1984, *NJ* 1985, 27; Hof Arnhem 9 januari 1984, *NJ* 1985, 476; HR 20 december 1974, *NJ* 1975, 221 (Kalkar). Wel disproportioneel was de afsluiting (van water) bij een consument zonder historie van betalingsachterstanden, vanwege een eenmalige achterstand van f 44,80. De kosten van heraansluiting waren f 659,68. De Geschillencommissie was van oordeel dat dit disproportioneel was, mede in aanmerking genomen dat er niet eerst lichtere middelen waren geprobeerd en de afnemer niet op de hoogte was gesteld van de komende afsluiting. Afsluiting van een eerste levensbehoefte hoefde hij dan ook niet te verwachten midden in de winter, aldus de Geschillencommissie. GON 9 juni 1993, m.nt. M.B.M. Loos, *TvC* 1993, p. 346-348.

Niet steeds zal aan de vereiste samenhang zijn voldaan. Zo is de afsluiting op het privé adres van een vennoot uit een v.o.f. wegens schulden van het bedrijfsadres wel toegestaan, maar zal die samenhang bij een BV ontbreken. Bij een v.o.f. is de vennoot immers persoonlijk aansprakelijk en vandaar de mogelijkheid in privé af te sluiten, bij een BV geldt dat niet.¹⁵

Inmiddels is de leverancier geen monopolist meer. De afhankelijkheid van energietoevoer blijft echter bestaan en dat is nu ook al de voornaamste reden waarom opschorting niet zonder meer is toegestaan bij energielevering. Ik verwacht derhalve dat er niet zo veel zal veranderen aan de vereisten zoals die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld.¹⁶

Bij wanbetaling kan het voorkomen dat op de afnemer de schuldsanering-regeling wordt toegepast, of dat het zelfs tot een faillissement komt. In faillissement is het tot nog toe zo dat de leverancier het recht heeft om energieleveranties op te schorten wegens het niet betalen van eerdere leveranties. Ook indien het doel is om betaling te verkrijgen van een oude, vóór de faillietverklaring ontstane schuld, is dit in beginsel toegestaan.¹⁷ Het bezwaar dat daartegen wel is geopperd, is dat op die manier het energiebedrijf een feitelijke preferentie in het faillissement krijgt. Immers, als het bedrijf nog verkocht moet worden en men wil dat 'going concern' doen, maar ook als de administratie bijvoorbeeld nog moet worden afgehandeld, zal de curator zich genoodzaakt zien om de energierekening in ieder geval te betalen. Het energiebedrijf kan dan afdwingen dat ook de nog openstaande rekeningen worden voldaan, onder dreiging van opschorting. In 1998 heeft de Hoge Raad nogmaals bevestigd dat het energieleveringbedrijf inderdaad bevoegd is tot opschorting in dergelijke omstandigheden. Dit laat onverlet, aldus de Hoge Raad, dat het in de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn dat het energiebedrijf de energietoevoer beëindigt.¹⁸

15 Zie Luyer/Gemeente Amsterdam, HR 28 juni 1985, *NJ* 1985, 840 (waarover kritisch: Loos 1993, p. 296-300) en Pres. Rb. Haarlem 19 juni 1986, *KG* 1986, 363.

16 Zie voor een gerechtvaardigde dreiging van Gasunie om leverantie te staken wegens het niet betalen van de transporttarieven: Besluit NMa van 16 mei 2002, zaaknr. 2487, *Kuwait Petroleum Europoort B.V. t. Gasunie N.V.*

17 HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640 (Veluwe nutsbedrijven).

18 HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896 (Van der Hel q.q./Edon). Met noot van S.C.J.J. Kortmann in *JOR* 1999, 17 en besproken door R.D. Vriesendorp in *AA* 48 (1999), 12, p. 923-929. De lagere rechtspraak volgt deze lijn niet altijd, zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 22 mei 2001, *KG* 2001, KGK 1600. Zie in dezelfde zin: Pres. Rb. Zutphen 14 december 1984, *KG* 1985, 11 en Pres. Rb. Zutphen 15 mei 1985, *KG* 1985, 163. Wel werd opschorting toegestaan in Pres. Rb. Arnhem 27 maart 1986, *KG* 1986, 199 en Pres. Rb. Arnhem 18 december 1984, *KG* 1985, 22. Het energiebedrijf schort overigens niet op jegens de bank, zoals in uitspraken wel eens te lezen valt. Het energiebedrijf heeft geen overeenkomst met de bank. Het contract met het bedrijf bestaat nog, en in dat contract wordt opgeschort, waarbij de energie aan het leveringsadres wordt gestaakt.

Ten aanzien van privé-leveranties geldt niet altijd dat levering mag worden opgeschort om betaling van 'oude' schulden te verkrijgen. In lagere rechtspraak wordt wel aangenomen dat het energiebedrijf genoeg moet nemen met een garantie voor de komende leveringen.¹⁹ In artikel 304 Fw is een doorleveringsplicht van gas en elektriciteit opgenomen indien de afnemer in schuldsanering verkeert en de levering eerste levensbehoeften betreft. In de voorgenomen wijziging van de Faillissementswet wordt deze doorleveringsplicht ook opgenomen in geval van faillissement (art. 37b Fw) en surséance (art. 237b Fw) van de afnemer.²⁰ Het voorgestelde artikel 37b Fw komt te luiden:²¹

1. Een wederpartij is niet bevoegd de nakoming van zijn verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst tot het geregeld afleveren van gas, water, elektriciteit of verwarming, benodigd voor de eerste levensbehoeften of voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming, jegens de schuldenaar op te schorten wegens het door de schuldenaar niet nakomen van een voor de faillietverklaring ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom.
2. Een tekortkoming door de schuldenaar in de nakoming van een verbintenis als in het eerste lid bedoeld, die plaatsvond vóór de faillietverklaring, levert geen grond op voor ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.
3. Een beroep door de wederpartij op een beding dat het faillissement, de aanvraag van het faillissement of het leggen van beslag door een derde grond oplevert voor ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid, dan wel dat die overeenkomst daardoor van rechtswege zal zijn ontbonden, is slechts toegelaten met goedvinden van de curator.

De tekst volgt artikel 304 Fw, de regeling bij schuldsanering, maar hier wordt opschorting ook uitgesloten als dat nodig is voor het voortzetten van de onderneming, terwijl in artikel 304 Fw alleen de levering noodzakelijk voor eerste levensbehoeften moet worden gecontinueerd. Lid 3 brengt mee dat het enkele feit van het faillissement niet voldoende is om te mogen ontbinden, ongeacht wat de algemene voorwaarden daar over zeggen.²²

Dit is dus een sterke beperking van de opschortings- en ontbindingsmogelijkheid van het energiebedrijf: ook indien sprake is van wanbetaling, kan de overeenkomst niet worden opgeschort of ontbonden. Wel kan zekerheid

19 Van Galen 1999, p. 277 (Commentaar bij Van der Hel q.q./Edon, HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896).

20 *Kamerstukken I* 2003/04, 27 244, A (Behandeling in de Eerste Kamer nog niet afgerond).

21 Het voorgestelde art. 237b Fw kent een gelijke bepaling, maar dan voor de surséance van betaling.

22 In de Model algemene voorwaarden voor zakelijke afnemers staat nu nog dat kan worden ontbonden indien een schuldsanering van toepassing is verklaard op de afnemer of aan deze surséance van betaling is verleend of hij in staat van faillissement wordt verklaard. In het laatstgenoemde geval kan de levering onmiddellijk worden gestaakt. Art. 6 lid 2 Model algemene voorwaarden levering gas en elektriciteit, zakelijke afnemers.

worden gevraagd voor de komende leveranties. Als de curator die zekerheid niet biedt, kan worden opgeschort.

Indien de leverancier de levering opschort, ontbindt of opzegt in geval van wanbetaling, is het de de netbeheerder die feitelijk de energietoevoer afsluit.²³ Als de leverancier de overeenkomst opzegt wegens wanbetaling, dan zal de netbeheerder tot afsluiting moeten overgaan als de afnemer geen nieuwe leverancier heeft. Doet de netbeheerder dat niet, dan zouden de kosten van doorgaande levering voor zijn rekening komen. De leverancier zegt het contract met de afnemer op, en stelt de netbeheerder daarvan op de hoogte. Als de afnemer niet binnen tien dagen een andere leverancier heeft, kan de netbeheerder tot afsluiting overgaan. Betaalt de klant de rekening van de netbeheerder (ook) niet, dan kan de netbeheerder uit eigen hoofde afsluiten.²⁴

Een tweede belangrijke reden voor opschorting bestaat indien de afnemer niet (meer) uit hoofde van een aansluit-/transportovereenkomst recht op aansluiting en transport heeft.²⁵ Daarvoor moet de afnemer namelijk zelf zorgen. Dat betekent dus dat indien de netbeheerder de overeenkomst ontbindt of opzegt, ook de energieleverantie wordt opgeschort.

23 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 303, nr. 3, p. 21, waar wordt verwezen naar de Model algemene voorwaarden. In art. 10 van de Model algemene voorwaarden aansluiting en transport elektriciteit 2000 staat dit zo geregeld.

24 Met name in de markt van kleinverbruikers is er vaak sprake van maar één rekening. Veel energiebedrijven hanteren de zogenaamde 'notaverlegging'. Dit houdt in dat de netbeheerder zijn nota voor de aansluit- en transportkosten niet langer meer rechtstreeks naar de afnemer stuurt, maar naar de energieleverancier, die deze aansluit- en transportkosten namens de netbeheerder bij de afnemer in rekening brengt. Bij notaverlegging blijft overigens de contractuele relatie tussen de afnemer en de netbeheerder volledig in stand. Dit kan problemen opleveren als de leverancier de voor de netbeheerder bestemde gelden niet aan de netbeheerder betaalt. De afnemer loopt dan het risico dat hij niet bevrijdend heeft betaald, want zijn rekening aan de netbeheerder is niet voldaan. (Onder omstandigheden kan wel een beroep worden gedaan op art. 6:34 BW, of als sprake zou zijn van een volmacht, maar dat is meestal niet het geval, art. 3:61 lid 2 BW). De sector is bezig met het ontwikkelen van een zogenaamd leveranciersmodel, waarbij niet de alleen de nota wordt verlegd, maar de afnemer aan de leverancier een volmacht verleent om namens hem de zaken met de netbeheerder af te handelen. Dat betekent overigens niet dat dan wel bevrijdend wordt betaald, immers de achterman (de afnemer) raakt zelf gebonden en is dus nog steeds zelf aansprakelijk voor de betaling. De bedoeling is echter dat er bij dat leveranciersmodel ook afspraken worden gemaakt tussen alle leveranciers en alle netbeheerders over de verrekeningen van de gelden. Het idee is dat de afnemer bevrijdend betaalt, als hij aan de leverancier zowel de tarieven voor de leverancier als die voor de netbeheerder voldoet. Indien echter de leverancier op zijn beurt niet aan de netbeheerder betaalt, kan in dat voorgestelde model de netbeheerder de afnemer daarvan op de hoogte stellen. Vanaf dat moment dient de afnemer aan de netbeheerder te betalen. Deze regeling is echter nog niet rond. Zie <www.dte.nl>. Vgl. ook Dingenen & Schade 2003, p. 9-10.

25 Art. 6 lid 1 sub d, gas en elektriciteit, levering huishoudelijke afnemers (voor zakelijke afnemers geldt hetzelfde).

Andere redenen voor opschorting zijn onder meer het illegaal aftappen van stroom of het aanrichten van vernielingen aan de installatie.²⁶

Over opzegging of ontbinding van de energieleveringsovereenkomst is weinig literatuur en rechtspraak te vinden.²⁷ Dat is ook niet verwonderlijk, als men bedenkt dat opzegging of ontbinding door het energiebedrijf meestal vooraf zal worden gegaan door opschorting, zodat het dispuut zich vervolgens ook daarop concentreert.

De Model algemene voorwaarden bepalen wel een en ander over ontbinding en opzegging. Ontbinding is in de eerste plaats mogelijk wegens wanbetaling.²⁸ De leverancier stuurt bij niet-betaling binnen de gestelde termijn, aan de afnemer een schriftelijke mededeling waarbij hij een nieuwe betalingstermijn vaststelt. Als ook binnen deze termijn niet wordt betaald, is de afnemer zonder ingebrekestelling in verzuim. Dit laatste is in overeenstemming met artikel 6:83 sub a BW, waar is geregeld dat bij overschrijding van een fatale termijn het verzuim van rechtswege intreedt. Indien de afnemer echter binnen de nieuwe betalingstermijn een schriftelijk en gemotiveerd verzoek doet om een betalingsregeling, dan is de afnemer pas in verzuim op het moment dat de leverancier op dit verzoek, schriftelijk en gemotiveerd, afwijzend heeft beslist.²⁹ Dezelfde regeling bestaat in de overeenkomst tussen de netbeheerder en de afnemer.

De overeenkomst kan na het verstrijken van de overeengekomen termijn worden opgezegd.³⁰ Opzegging door de leverancier dient gemotiveerd en schriftelijk te geschieden en is slechts mogelijk in geval van zwaarwichtige belangen en met inachtneming van een opzegtermijn van minimaal zes maanden jegens zakelijke gebruikers en een minimale opzegtermijn van negentig dagen jegens huishoudelijke gebruikers.

Zwaarwichtige belangen van het energiebedrijf ten opzichte van een huishoudelijke afnemer die tot opzegging kunnen leiden zijn slecht voorstelbaar, los van de gevallen als niet-betaling, vernielingen of illegaal aftappen, waarbij dus ook al op kortere termijn kan worden opgeschort en ontbonden.

Jegens zakelijke afnemers dient een langere opzegtermijn (zes maanden) in acht te worden genomen dan jegens huishoudelijke afnemers (negentig dagen). Dit illustreert dat het bestaan van contractdwang (wel ten aanzien van huishoudelijke afnemers, ook na medio 2004, en niet ten aanzien van zakelijke afnemers) niet het enige aspect is dat een rol speelt bij de bevoegd-

26 Zie bijv. Pres. Rb. Zutphen 12 oktober 1998, *Prg.* 1998, 5071 (over het illegaal aftappen van stroom voor een hennepkwekerij).

27 Zie omtrent opzegging en ontbinding: Loos 1998a, p. 258-266; Hof Amsterdam 8 mei 1985, *NJ* 1987, 200.

28 Art. 13 van de Model algemene voorwaarden 2000 gas en elektriciteit levering huishoudelijke afnemers.

29 Aldus weer art. 13 Model algemene voorwaarden.

30 Art. 2 lid 4 Model algemene voorwaarden levering gas en elektriciteit 2000, zowel de voorwaarden voor huishoudelijke afnemers als voor zakelijke afnemers, gas en elektriciteit.

heden van het energiebedrijf. De termijn jegens zakelijke afnemers is dermate lang, naar ik aanneem, omdat het gaat om grote contracten waar veel geld in omgaat en het ook geen standaardcontracten hoeven zijn. De zakelijke afnemer dient tijd te krijgen om met een andere leverancier te onderhandelen: komt hij daarbij in tijdnood, dan heeft hij bij voorbaat al weinig kans een gunstig contract af te sluiten. Omdat ook voor bedrijven energie een 'levensbehoefte' is, is het niet wenselijk dat bedrijven worden opgejaagd bij het afsluiten van contracten. Dat komt ook de marktwerking niet ten goede.

Het bestaan van contractdwang legt bij de energieleveringsovereenkomst een rem op de opschortingsbevoegdheid, op de ontbindingsbevoegdheid en op de opzeggingsbevoegdheid van het energiebedrijf. Strikt genomen heeft dit overigens niet met de contractdwang als zodanig te maken, maar met de reden van de contractdwang: het gaat om eerste levensbehoeften. Waar bij een willekeurig ander product of dienst bij wanbetaling mag worden opgeschort en mag worden ontbonden en opgezegd, is dat bij energie niet zonder meer het geval. Bij huishoudelijke afnemers dient bijvoorbeeld eerst de mogelijkheid te worden geboden om een betalingsregeling aan te gaan. Het opschortingsrecht, het ontbindingsrecht en het opzeggingsrecht mogen alleen worden gebruikt als laatste middel om betaling te verkrijgen.³¹

2.3 Opschorting, ontbinding en opzegging vervoerovereenkomst door vervoerder

De artikelen 8:88 en 8:89 BW bepalen dat de vervoerder de overeenkomst kan opzeggen, bij omstandigheden voor of tijdens het vervoer, waar geen rekening mee is gehouden bij het sluiten van de overeenkomst en die als ze wel bekend waren geweest ertoe geleid zouden hebben dat geen overeenkomst zou zijn

31 Hof Leeuwarden 12 juli 2000, *NJ* 2001, 102: 'De omstandigheid dat het gaat om de eerste levensbehoeften van een particulier, terwijl Essent als nutsbedrijf een monopoliepositie inneemt, noopt tot een uiterst zorgvuldig en terughoudend gebruik van het opschortingsrecht.'; over opzegging: Loos 2001, p. 87-88; Wijting 2001, p. 115. Zie over het afsluitbeleid: Brief van de Minister van EZ, Evaluatie Elektriciteitswet 1998 en Gaswet, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 254, nr. 1, p. 6. Volgens de minister wordt er eerder opgetreden tegen wanbetaling, maar is de procedure zorgvuldig en wordt altijd eerst een betalingsregeling aangeboden. In *Kamerstukken II* 2003/04, 29 372, nr. 10, p. 17 benadrukt de Minister van EZ nog eens dat in vorstperiodes de energiebedrijven een zeer terughoudend beleid wat betreft afsluitingen voeren. Zowel in de Gaswet als in de Elektriciteitswet staat inmiddels een bepaling die met zich meebrengt dat zowel de netbeheerder als de leverancier een beleid voeren dat erop gericht is te voorkomen dat kleinverbruikers worden afgesloten in de periode van 1 oktober tot 1 april van enig jaar. Deze bepaling is bij amendement in de wet opgenomen, om duidelijk te maken dat zoveel mogelijk dient te worden voorkomen dat afsluiting van gas of elektriciteit in de winter plaats vindt, vanwege de vergaande consequenties die dat heeft voor de leefomstandigheden van de afnemer. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over het beëindigen van de levering in de genoemde periode. Art. 44 leden 7 en 8 Gaswet en art. 95b leden 7 en 8 Elektriciteitswet.

gesloten. De vervoerder kan de overeenkomst opzeggen, indien de reiziger ziek of dronken is, of er om andere redenen moeilijkheden te verwachten zijn.³² Opschorting en ontbinding zijn niet speciaal geregeld in boek 8.

De Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000) en het Besluit personenvervoer 2000 kennen geen specifieke bepalingen over opschorting, ontbinding of opzegging. Wel zijn er bepalingen over de verplichting om een geldig vervoerbewijs te bezitten en de orde niet te verstoren. Zo bepaalt artikel 98 van deze wet dat indien een passagier de orde, rust, veiligheid of een goede bedrijfsgang verstoort, danwel geen geldig vervoerbewijs kan tonen, het vervoerbewijs kan worden ingetrokken en zo nodig met behulp van de sterke arm het gebruik van het vervoer kan worden ontzegd. Het besluit personenvervoer 2000 bevat ook een regeling voor het verhoogde tarief en een eventuele boete die moet worden betaald als er geen geldig vervoersbewijs is.

In de genoemde bepalingen wordt de term ontbinding of opzegging niet gebruikt, maar artikel 98 Wp 2000 kan eventueel worden beschouwd als een *opzeggings* mogelijkheid van de vervoersovereenkomst, ofschoon het niet primair een contractuele regeling is, maar een handhavingsmogelijkheid op basis van de Wp 2000. Het ligt ook niet voor de hand dat problemen met reizigers wegens wanbetaling of agressie worden opgelost via het contractenrecht.³³

Een eventuele gehele *ontbinding* door de vervoerder heeft mijns inziens alleen zin als het gaat om zwart rijden. De vervoerder moet namelijk bij ontbinding (gedeeltelijk) de ritprijs retourneren (op grond van artikel 6:171 jo 6:272 BW) en dat lijkt me niet de bedoeling. Bij 'zwart rijden' speelt dat probleem uiteraard niet, want daar valt niets te retourneren, maar bij andere gevallen van overlast is ontbinding niet de meest voor de hand liggende methode. Daar is opzegging een betere optie. Gedeeltelijke ontbinding is wel mogelijk (art. 6:270 BW), en dan in dit geval in de vorm van ontbinding alleen voor de toekomst.³⁴ Waar men uitgaat van ontbinding, moet deze gedeeltelijke ontbinding bedoeld zijn. In de algemene voorwaarden van NS Reizigers (NSR) staat dat NSR, onverminderd de wettelijke bepalingen over ontbinding, de vervoersovereenkomst kan ontbinden indien de reiziger een wettelijke of contractuele verplichting betreffende het vervoer niet nakomt en in redelijkheid niet van NS kan worden gevergd het vervoer van de reiziger voort te zetten. Te denken valt bijvoorbeeld aan 'zwart rijden' en vandalisme. NS kan de reiziger dan uit de trein verwijderen en/of zijn vervoerbewijs intrekken. Ook kan NS de overeenkomst beëindigen indien de reiziger zich bedient van een ongeldig vervoerbewijs of een vervoerbewijs misbruikt, hetgeen eveneens gepaard kan gaan met verwijdering uit de trein en intrekking van het vervoer-

32 *Parl. Gesch.* boek 8, p. 143.

33 Vgl. Rb. Leeuwarden 27 januari 2005, LJN: AS4003, <www.rechtspraak.nl> die een notoire zwartrijder 4 weken gevangenisstraf oplegde.

34 Asser/Hartkamp 2001 (4-II), nr. 525.

bewijs.³⁵ Zoals gezegd lijkt de term ontbinding mij in deze algemene voorwaarden met name te duiden op een gedeeltelijke ontbinding.

Opschorting door de vervoerder komt in de verscheidene wetsbepalingen en AMvB's niet voor. Opschorting laat zich ook slecht voorstellen. Het punt is namelijk dat er nooit één persoon in een bus, trein of een tram zit en de chauffeur zich bovendien aan de dienstregeling moet houden. Dat betekent dat het vervoer niet wordt gestopt totdat er bijvoorbeeld is betaald, maar de passagier wordt of niet toegelaten, of uit het vervoermiddel verwijderd. Eventueel kan dat ook als opschorting worden beschouwd: het niet vervoeren totdat een geldig plaatsbewijs is gekocht, waarbij men dus de volgende bus of trein moet nemen.

Voor taxivervoer geldt dat opschorting zich niet veel zal voordoen: in het algemeen wordt aan het einde van de rit afgerekend,³⁶ dus dan zal pas blijken dat er niet wordt betaald. Bij vervelend gedrag tijdens de rit kan in beginsel wel worden opgeschort: de taxi wordt stil gezet, totdat men zich weer gedraagt. De chauffeur kan de rit ook beëindigen.

Anders dan bij energie, heb ik bij het openbaar vervoer niet de indruk dat het bestaan van contractdwang tot voorzichtigheid noopt bij het gebruiken van de middelen opzegging, ontbinding of opschorting. De contractdwang uit zich meer in het toelaten van in beginsel eenieder uit het publiek tot het vervoer, dan in het niet mogen opzeggen of ontbinden van de vervoersovereenkomst. Waar bij energie ingeval van wanbetaling nog niet direct de prestatie mag worden geweigerd, is dat bij openbaar vervoer wel het geval: bij wanbetaling ofwel 'zwart rijden' dient men of een kaartje met opslag te kopen, of men wordt verwijderd. Daarbij hoeft geen rekening gehouden te worden met het belang van de passagier (anders dan zijn fysieke veiligheid), hetgeen bij energielevering de reden is dat zeker bij huishoudens enige voorzichtigheid dient te worden betracht. Dit heeft te maken met de aard van de prestatie: energievoorziening is letterlijk een eerste levensbehoefte, zeker in de winter. Gebruik kunnen maken van het openbaar vervoer is geen eerste levensbehoefte. Het is wel net als energieleverantie een dienst van openbaar nut, maar degenen die niet willen betalen, of overlast veroorzaken, worden niet vervoerd. Dat lijkt mij verder ook geen probleem. Er zou hooguit enige twijfel kunnen rijzen in extreme gevallen: ik zou zeggen dat een taxichauffeur een dronken passagier niet bij een verlaten industrieterrein uit zijn taxi mag zetten vanwege overlast, tenzij dit gepaard zou zijn gegaan met fysiek geweld. Maar dit soort uitzonderingen daargelaten, is het niet bezwaarlijk als iemand als gevolg van zijn eigen gedrag geen gebruik kan maken van het openbaar vervoer.

35 Art. 8 algemene voorwaarden NS.

36 Een uitzondering vormt de treintaxi waarvoor een kaartje vooraf moet worden gekocht, tegen een vast tarief.

2.4 Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst van postvervoer door TPG

De Postwet en het Barp³⁷ geven geen regels voor opschorting, ontbinding of opzegging. De Algemene Voorwaarden Opgedragen Postvervoer³⁸ wel. Artikel 3 luidt:

- 3.1 TPG Post kan het postvervoer onder opgave van redenen weigeren indien:
 - a. de postzending niet voldoet aan de eisen van frankering, gewicht, afmetingen, inhoud, adressering en verpakking welke daaraan door TPG Post zijn gesteld in deze Algemene Voorwaarden;
 - b. enige bepaling in de wet dan wel in een internationaal postverdrag of een internationale overeenkomst zich daartegen verzet;
 - c. dat vervoer gevaar oplevert voor personen of zaken;
 - d. de door de afzender ingevolge deze Algemene Voorwaarden te verstrekken gegevens niet juist zijn of niet volledig zijn verstrekt;
 - e. partijen postzendingen naar het buitenland niet voldoen aan het vermelde in art. 19.7.
- 3.2 TPG Post kan de uitvoering van een tot stand gekomen overeenkomst, eveneens onder opgave van redenen, opschorten indien blijkt dat een of meer van de gevallen vermeld in het vorige lid zich voordoet.
- 3.3 De afzender wordt in de gevallen bedoeld in het vorige lid, voorzover mogelijk, eventueel met toepassing van het bepaalde in art. 6.3, onder vermelding van de reden van de opschorting, binnen 3 werkdagen weer in het bezit gesteld van zijn postzending alsmede de eventueel daarbij overgelegde bescheiden, waarmee de overeenkomst wordt beëindigd. De betaalde bedragen worden geheel of gedeeltelijk terugbetaald voorzover dat, gezien de omstandigheden van het geval, redelijk is.

Een en ander lijken mij gerechtvaardigde redenen om ondanks de verplichting van TPG Post om bepaalde postzendingen te verrichten, een zending te weigeren. De verplichting tot verzending geldt namelijk ook alleen indien de afzender aan de voorwaarden voldoet, die te maken hebben met betaling (frankering), afmetingen en veiligheid. Ik zie hier dus geen bijzondere beperkingen in de mogelijkheid tot ontbinding of opschorting als het gaat om opgedragen postvervoer.

³⁷ Besluit algemene richtlijnen post.

³⁸ Dat zijn de algemene voorwaarden die TPG Post hanteert voor het postvervoer dat zij op grond van de exclusieve concessie verplicht moet verrichten.

2.5 Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst vaste telefonie door KPN

De Telecommunicatiewet (Tw)³⁹ bepaalt dat de omstandigheden waaronder een aanbieder de levering van een openbare elektronische communicatiedienst mag opschorten of beëindigen, alsmede de omstandigheden waaronder randapparatuur van de openbare telecommunicatieverbinding mag worden afgesloten, zullen worden bepaald bij algemene maatregel van bestuur (art. 7.8 en 10.13 Tw). Onder andere valt onder deze omschrijving het 'afsluiten' van de vaste telefoonlijn, dat wil zeggen het opschorten, ontbinden of opzeggen van (prestaties uit) de overeenkomst van vaste telefonie door de aanbieder. Deze aanbieder was vroeger steeds KPN, als monopolist op het gebied van vaste telefonie, maar deze absolute monopoliepositie is inmiddels verdwenen.

De voorganger van deze in te voeren AMvB, het inmiddels vervallen Besluit ONP huurlijnen (Boht)⁴⁰, kende een, naar de letter genomen onwerkbare, regeling ten aanzien van het onderbreken, tijdelijk of permanent, van de telefoondienst. In dat besluit stond dat een aanbieder van een vast openbaar telefoonnetwerk of van een vaste openbare telefoondienst slechts gerechtigd was de door hem geleverde dienst te onderbreken, te beëindigen, aanzienlijk te wijzigen of te beperken met voorafgaande toestemming van OPTA.⁴¹ Tegen wanbetalers mochten wel maatregelen worden genomen zonder dat daar steeds voorafgaande toestemming van OPTA voor nodig was. Die maatregelen moesten dan wel door OPTA zijn goedgekeurd en genoegzaam bekend zijn gemaakt.⁴²

Dit leek te betekenen dat OPTA ieder geval van opschorting of beëindiging van de telefoondienst moest goedkeuren. Feitelijk werd, ook buiten het geval van wanbetaling, niet steeds toestemming aan OPTA gevraagd en bij mijn weten heeft OPTA daar ook niet op aangedrongen. OPTA heeft wel richtsnoeren voor de bekendmaking van voorwaarden en tarieven uitgegeven. In deze richtsnoeren stond expliciet vermeld⁴³ dat OPTA, voorzover het de bekendmaking van algemene voorwaarden betrof, aansloot bij de artikelen 6:233 sub b jo 6:234 BW. Daarin staat dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is, indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Als uitgangspunt geldt daarbij dat de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand moeten worden gesteld. Hierbij

39 Tekstplaatsing: *Stb.* 2004, 308.

40 Besluit van 10 november 1998, *Stb.* 1998, 639.

41 Art. 28 en 29 Boht. De volgende passage is eerder verschenen in een artikel van mijn hand: 'Sectorspecifieke wetgeving en algemene voorwaarden', *NBbw* 2004, p. 106-109.

42 Zie over deze regeling ook: Knol 2000, p. 326-327, die m.i. terecht van mening is dat het geen zin heeft om OPTA algemene voorwaarden te laten goedkeuren, omdat het uiteindelijk van de omstandigheden van het geval zal afhangen of opschorting of ontbinding geoorloofd is.

43 Zie punt 16 van de richtsnoeren, <www.opta.nl>.

werd dus geregeld dat de voorwaarden voldoende duidelijk aan de klanten bekend werden gemaakt, maar een inhoudelijke toetsing vond niet plaats. OPTA heeft tevens beleidsregels opgesteld over de beëindiging van de dienstverlening door de aanbieder. Deze beleidsregels zagen echter met name op de situatie dat de aanbieder van openbare telefonie, bijvoorbeeld wegens financiële moeilijkheden, de dienstverlening aan alle klanten staakte.⁴⁴

Het Boht zag dus naar de letter wel, maar in de praktijk niet op opschorting of beëindiging van de telefoondienst in individuele contracten. In de komende AMvB zouden de betreffende bepalingen uit het Boht niet terug moeten keren. Indien de Minister (van Economische Zaken) het nodig acht om specifieke controle op de algemene voorwaarden of overige contractsinhoud door OPTA mogelijk te maken, dan dient terdege te worden bedacht wat de toegevoegde waarde daarvan is boven de algemene beschermingsbepalingen. Een regeling die bepaalt dat alle gevallen van opschorting, ontbinding of opzegging door de aanbieder van de openbare elektronische communicatiedienst aan OPTA moet worden voorgelegd, is bij voorbaat onuitvoerbaar. Bovendien zou ervoor moeten worden gezorgd dat de regeling in ieder geval niet indruist tegen de regeling van het BW. Dat heeft ook geen zin, omdat een met de formele wetgeving van het BW strijdige AMvB toch het onderspit delft. Nu de concurrentie op de markt van vaste telefonie nog niet heel groot is, en als uitgangspunt nog steeds geldt dat eenieder onder normale voorwaarden een vaste telefoonverbinding moet kunnen krijgen, kan ik me voorstellen dat er wel (weer) een regeling komt die toezicht van OPTA regelt bij het 'omvallen' van een aanbieder van vaste telefonie.⁴⁵

De algemene voorwaarden van KPN geven wel aan hoe KPN omgaat met opschortingen of beëindigingen van de vaste telefoondienst. KPN kan de terbeschikkingstelling van een vaste telefoonverbinding, waarvoor contractdwang bestaat, opschorten, indien sprake is van niet-nakoming door de contractant.⁴⁶ Opschorten van de telefoondienst wil zeggen dat de lijn buiten gebruik wordt gesteld, met andere woorden: de telefoon wordt afgesloten.

Meestal zal de reden zijn dat de klant rekeningen niet heeft betaald. Van de abonnementsgelden kan KPN vooruitbetaling verlangen (dat gebeurt ook feitelijk). Betaling dient plaats te vinden binnen de termijn op de nota vermeld,

44 OPTA heeft bij mijn weten éénmaal op grond van deze beleidsregels aan een onderneming toestemming gegeven om de telefoondienst te staken, namelijk aan Tritone Telecom BV, besluit van 17 januari 2003, te vinden op <www.overheid.nl>.

45 Vgl. de recente regeling van de noodleverancier bij elektriciteitsleverantie, te vinden in de art. 3.1.c en 3.1.d Systeemcode, <www.dte.nl>.

46 Art. 18 algemene voorwaarden vaste telefoondienst. De voorwaarden zijn te downloaden vanaf <www.kpn.com>. Zie in deze zin ook: Hof 's-Gravenhage 24 januari 1990, NJ 1990, 644: in principe heeft de PTT het recht om telefoon af te sluiten en heraansluiting te weigeren, indien telefoonrekening niet wordt betaald. Van misbruik door de PTT (van haar monopoliepositie), dan wel strijd met de goede trouw zou slechts sprake kunnen zijn, indien de PTT tot afsluiting overging in weerwil van een kennelijke vergissing, dan wel indien aangetoond zou worden dat de rekening eenvoudigweg nooit juist kan zijn.

en die termijn is minimaal 14 dagen vanaf de dag dat de nota door de contractant is ontvangen.⁴⁷ Indien de contractant niet binnen de termijn betaalt, is hij zonder ingebrekestelling in verzuim, aldus artikel 16 van de algemene voorwaarden. Dit is in overeenstemming met artikel 6:83 sub a BW: verzuim treedt van rechtswege in indien een fatale termijn wordt overschreden. Vanaf dat moment maakt KPN volgens de algemene voorwaarden aanspraak op wettelijke rente en overige kosten, maar de telefoonverbinding wordt nog niet afgesloten. Volgens de algemene voorwaarden mag buitengebruikstelling of ontbinding van de overeenkomst wegens niet-betaling pas, nadat de contractant ook binnen een, in een door KPN te zenden herinnering gestelde, nadere termijn van tenminste 10 dagen niet heeft betaald.⁴⁸

Volgens de opschortingsregel van artikel 6:262 BW zou opschorting zonder nadere termijn zijn toegestaan en ontbinding eveneens, tenzij zou moeten worden geconcludeerd dat de tekortkoming zo gering is dat die de ontbinding niet rechtvaardigt. De opschortingsbevoegdheid voor KPN in de algemene voorwaarden is dus iets beperkter dan de wettelijke regeling. Dit komt mij terecht voor, omdat indien eenmaal is afgesloten, er behoorlijke kosten zijn verbonden aan het opnieuw aansluiten.

KPN kan de aansluiting onverwijld (tijdelijk) geheel of gedeeltelijk buiten gebruik stellen, indien het telecommunicatieverkeer hinder ondervindt van het gebruik van de aansluiting of de randapparaten die daarop door de gebruiker zijn aangesloten.⁴⁹ Ook andere vormen van door de contractant toegebrachte schade kunnen reden zijn om af te sluiten. Te denken valt aan de contractant die probeert de telefoonrekening te verlagen door te knoeien met een aansluiting.⁵⁰

Opzegging van de overeenkomst door KPN kan plaatsvinden als zij de vaste telefoondienst, in de vorm zoals in het contract staat, niet meer aanbiedt. Dat mag als technische of bedrijfseconomische redenen daartoe noodzaken en met een opzegtermijn van drie maanden.⁵¹ Dit betekent niet dat er vervolgens in het geheel geen vaste telefoondienst meer wordt aangeboden, maar dat de vorm ervan anders wordt. KPN blijft verplicht de vaste telefoondienst te verzorgen.⁵²

Ontbinding door KPN kan volgens artikel 22 van de algemene voorwaarden plaatsvinden als sprake is van een tekortkoming van de contractant, voorzover dit ontbinding rechtvaardigt. Dit is een weergave van de regeling van artikel 6:265 BW. Indien nakoming nog mogelijk is, zal eerst een schriftelijke aan-

47 Art. 15 Algemene Voorwaarden vaste telefoondienst.

48 Art. 16.3 Algemene Voorwaarden vaste telefoondienst.

49 Art. 10 Algemene Voorwaarden vaste telefoondienst.

50 Art. 18 Algemene Voorwaarden vaste telefoondienst.

51 Art. 22 Algemene Voorwaarden vaste telefoondienst.

52 KPN kan de universele dienstverplichting wel bij de minister opzeggen, maar dat is niet wat hier is bedoeld. Zie over de universele dienstverplichting nader hfdst. 2, par. 4 en hfdst. 4, par. 2.2.3.

maning moeten worden gezonden. Dit is in overeenstemming met artikel 6:265 lid 2 BW, dat in dat geval verzuim vereist, hetgeen normaal gesproken via een ingebrekestelling tot stand wordt gebracht. De aanmaning is volgens de algemene voorwaarden niet nodig als de contractant schade toebrengt aan het netwerk of probeert de lijn af te tappen zonder te betalen, of op andere wijze de belangen van KPN schaadt, en evenmin indien al een betalingsherinnering is verstuurd. Een schriftelijke aanmaning, in de vorm van een betalingsherinnering is niet per definitie gelijk aan een ingebrekestelling, maar artikel 6:81 BW en ook artikel 6:265 lid 2 BW zijn van regelend recht, dus het is geen probleem dit zo in de algemene voorwaarden op te nemen. Ik heb daar ook geen moeite mee, omdat de ratio van de ingebrekestelling, namelijk dat de debiteur de mogelijkheid krijgt om alsnog na te komen, wel wordt gevolgd. Bij het toebrengen van schade door de debiteur is een aanmaning voor wat betreft de toegebrachte schade ook weinig zinvol, omdat de schade al is ingetreden. In die zin is nakoming door de klant dan onmogelijk en is ook geen verzuim nodig, zie artikel 6:265 lid 2 BW.

Ontbinding is ook mogelijk, aldus nog steeds artikel 22 van de algemene voorwaarden, in geval van faillissement of surséance van betaling, tenzij de curator of bewindvoerder voldoende zekerheid stelt.⁵³

Vervolgens bepalen de algemene voorwaarden iets dat afwijkt van de wettelijke regeling van de ontbinding. Dit is toegestaan, omdat artikel 6:265 BW en verder van regelend recht zijn. De afwijkende regeling is de volgende: indien KPN de overeenkomst ontbindt wegens een tekortkoming van de abonnee of vanwege faillissement tijdens het eerste jaar (de minimumduur van het contract), dan blijft de contractant verplicht de periodieke vergoedingen over de nog resterende periode van de minimumduur te voldoen. De bepaling is niet in overeenstemming met artikel 6:265 BW omdat men door ontbinding van de nog niet uitgevoerde prestaties wordt bevrijd. Er is derhalve geen grond meer om abonnementsgelden te blijven vragen. Dat geldt ook bij een gedeeltelijke ontbinding alleen voor de toekomst. Ook dan is er geen basis om de toekomstige abonnementsgelden te vorderen.

De verplichting om het abonnementsgeld te blijven betalen, zal zijn opgenomen vanuit de gedachte dat indien KPN ontbindt wegens wanbetaling of andere tekortkomingen van de abonnee, zij niet wil dat de klant op die manier makkelijk van het contract af kan. Het contract wordt voor de duur van minimaal een jaar gesloten en kan binnen die periode niet zonder meer worden opgezegd.⁵⁴

Het beding staat niet op de zwarte of grijze lijst (art. 6:236 sub b BW is niet van toepassing, omdat het hier niet gaat om een beperking van de bevoegdheid

53 De toepassing van de schuldsaneringsregeling is hierin niet opgenomen, maar deze voorwaarden dateren van 1999. Ik neem aan dat bij een actualisering van de algemene voorwaarden dit er wel bij gezet zal worden.

54 Art. 22 Algemene Voorwaarden vaste telefoondienst.

tot ontbinding van de abonnee, maar om een wijziging van de gevolgen van ontbinding door KPN). Ik kan me echter voorstellen dat het beding wel vernietigbaar is wegens het onredelijk bezwarend karakter ervan op grond van artikel 6:233 sub a BW. Het is een wel erg eenzijdige bepaling: KPN is van haar verplichtingen bevrijd, maar de klant blijft gebonden. Het is te beschouwen als een soort boete.⁵⁵

Voor huurlijnen, waar ook contractdwang voor geldt, zijn aparte algemene voorwaarden.⁵⁶ Deze wijken niet wezenlijk af van de hier behandelde regeling, zodat ik er niet verder op in ga.

2.6 Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst van opdracht door advocaat, notaris en gerechtsdeurwaarder

2.6.1 Algemeen

Artikel 7:408 lid 2 BW bepaalt dat de opdrachtnemer die de overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, behoudens gewichtige redenen, de overeenkomst slechts kan opzeggen indien zij voor onbepaalde tijd geldt en niet door volbrenging eindigt. Die gewichtige reden kan zijn dat de opdrachtnemer op goede grond het vertrouwen in de opdrachtgever verloren heeft.⁵⁷ Artikel 7:402 BW geeft eveneens een gewichtige reden: de opdrachtnemer die op redelijke grond niet bereid is de opdracht volgens de hem gegeven aanwijzingen uit te voeren, kan, zo de opdrachtgever hem niettemin aan de aanwijzingen houdt, de overeenkomst opzeggen.

2.6.2 Advocaat en procureur

De procureur kan de overeenkomst van opdracht/lastgeving opzeggen, maar dient daar dus wel een gegronde reden voor te hebben (art. 7:422 lid 1 jo 7:408 BW).⁵⁸ Een eerste grond voor opzegging is dat ondanks een ingebrekestelling de cliënt een gevraagd voorschot niet voldoet (art. 49 lid 1 Wet tarieven in burgerlijke zaken). In de tuchtrechtspraak is uitgemaakt dat ook het tussentijds niet betalen van de rekening grond is voor opzegging van de overeenkomst,

⁵⁵ In een vergelijkbare zaak, hoewel over een mobiel telefoonabonnement, vraagt de kantonrechter zich af of een dergelijk 'boetebeding' in de algemene voorwaarden als onredelijk bezwarend kan worden vernietigd. Hij komt aan die vraag echter niet toe, omdat op vernietiging van het beding geen beroep is gedaan. Ktg. Zaandam 12 maart 1998, *TvC* 1999, p. 53-55.

⁵⁶ De Algemene Voorwaarden vaste verbindingen KPN.

⁵⁷ Castermans & Krans 2004, (T&C Vermogensrecht), art. 7:408 BW, aant. 2.

⁵⁸ Heemskerk 2002, p. 390-391, met verwijzingen.

mits dat niet op een onzorgvuldige wijze of op een ongelegen moment gebeurt.⁵⁹

Een tweede reden voor opzegging van de overeenkomst is dat de toevoeging door de Raad voor rechtsbijstand is beëindigd (art. 33 Wet op de rechtsbijstand).

De advocaat kan voorts een overeenkomst van opdracht opzeggen indien de uitvoering in strijd zou komen met de eed die iedere advocaat aflegt en waarin hij belooft geen zaak te zullen aanraden of verdedigen die hij in gemoede niet gelooft rechtvaardig te zijn (art. 3 lid 2 Advocatenwet).

In het verlengde van het beroep op de ambtseed ligt de in de rechtspraak gehonoreerde regel dat een advocaat geen zaak hoeft te behandelen, als hij denkt dat deze kansloos is. Ook in de tuchtrechtspraak wordt dat als reden gezien te weigeren een zaak verder te behandelen.⁶⁰ De advocaat heeft de cliënt dan als cliënt geaccepteerd, maar is van mening dat deze 'geen zaak heeft'.⁶¹ Op grond van de onafhankelijkheid van de advocaat jegens de cliënt, staat hem te allen tijde vrij om zijn oordeel te geven en te besluiten om geen verdere actie te ondernemen. Indien de cliënt van een procureur verlangt dat deze zich geheel gedraagt volgens de door de cliënt gegeven opdrachten, vormt dit dus een reden voor de procureur om zijn diensten te weigeren. Een dergelijke afhankelijkheid zou volledig in strijd zijn met de voor een goede uitvoering van het beroep juist zo belangrijke onafhankelijkheid jegens de cliënt en daarmee indruisen jegens een van de grondbeginselen van de gedragsregels.⁶²

Ook mag een advocaat zich terug trekken als de vertrouwensrelatie met de cliënt is verbroken. Dit kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt doordat de cliënt een kantoorgenoot tot schadevergoeding dagvaardt, of doordat betaling uitblijft.⁶³

Tot slot dient de advocaat de cliënt door te verwijzen naar een gespecialiseerde vakgenoot, indien hem de kennis ontbreekt om een zaak naar behoren te kunnen behandelen.⁶⁴

59 Boekman, Steenmetser-Bakker & Quant 2003, p. 65.

60 Zie voor een overzicht van tuchtrechtsuitspraken in deze zin: Boekman, Steenmetser-Bakker & Quant 2003, p. 60-61.

61 Zie voor een dergelijk geval: Rb 's-Gravenhage 29 april 1964, *NJ* 1964, 229.

62 HR 13 april 1964, *NJ* 1964, 189 en Pres. Rb 's-Gravenhage 29 april 1964, *NJ* 1964, 229. Regel 2 lid 1 van de gedragsregels advocaten luidt: 'De advocaat dient te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar zouden kunnen komen.' De gedragsregels gaan overigens niet per definitie deel uitmaken van de overeenkomst van opdracht. Dat zou hooguit via aanvulling van het contract (art. 6:248 lid 1 BW) kunnen. Dit doet voor dit onderwerp echter niet zoveel ter zake, omdat voor opzegging door de beroepsbeoefenaar de gedragsnorm jegens de beroepsbeoefenaar toch wel geldt, ongeacht of dat in de overeenkomst is opgenomen. De cliënt zal echter niet een beroep op de gedragsregels kunnen doen. Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994 (5-III), nr. 49.

63 Boekman, Steenmetser-Bakker & Quant 2003, p. 64.

64 Gedragsregels advocaten, Inleiding, p. 7; Hof Amsterdam 14 maart 1996, *NJ* 1997, 263.

De wijze van opzegging door de procureur/advocaat dient zeer zorgvuldig te zijn.⁶⁵ Immers, het onttrekken van de procureur is geen reden voor schorsing van het geding, waardoor de cliënt die geen nieuwe procureur zoekt, of dat niet snel genoeg doet, schade kan oplopen. Artikel 8.1 Landelijk Rolreglement voor de civiele rol bij rechtbanken, verplicht de procureur diens onttrekking ter rolle vergezeld te doen gaan van de opmerking 'dat hij zijn opdrachtgever over de gevolgen van een en ander heeft geïnformeerd'.⁶⁶

Ook een door de Deken aangewezen of een toegevoegde advocaat mag zich terugtrekken, zo is uitdrukkelijk in de tuchtspraak bepaald, maar hij dient terughoudender te zijn dan een gekozen advocaat.⁶⁷ De beleidsvrijheid van de advocaat is beperkter dan in de gewone advocaat-client relatie. De advocaat dient actie te ondernemen indien de cliënt dat wil en er geen goede redenen zijn die actie achterwege te laten.⁶⁸ In het geval waarin de advocaat contractdwang ondervindt, is dus ook de opzeggingsmogelijkheid beperkter, ofschoon zeker niet afwezig, dan zonder aanwijzing of toevoeging.

2.6.3 Notaris

Opzeggingsgronden voor de notaris zullen overeenkomen met de gronden die al genoemd zijn in hoofdstuk 5 bij de gevallen waarin de notaris niet aan zijn ministerieplicht hoeft te voldoen. Een vertrouwensbreuk is zo'n reden.

Ook kan de notaris bij wanbetaling werkzaamheden opschorten, en ook het vragen van een voorschot bij een nieuwe cliënt komt wel voor. Het belang van de cliënt zal wel gewaarborgd moeten zijn. Het zal er dus van afhangen om welke transactie het gaat en hoeveel haast erbij is. Het wachten met het passeren van een akte totdat de openstaande rekening is voldaan, is mijns inziens een legitieme (en waarschijnlijk effectieve) uitoefening van het opschortingsrecht, maar de notaris zal voorzichtig moeten zijn, daar waar de cliënt schade kan lijden. De effectiviteit van het opschortingsrecht zit hier, evenals bijvoorbeeld bij de energieleverantie, in de afhankelijkheid van de cliënt van de notaris (i.c. om bepaalde rechtsgevolgen in het leven te kunnen roepen). Diezelfde afhankelijkheid maakt mijns inziens echter ook, dat de notaris het opschortingsrecht met enige voorzichtigheid moet uitoefenen, waarvoor dus een inschatting van de omvang van het mogelijk nadeel voor de cliënt noodzakelijk is.

Overigens zal in een aanzienlijk aantal gevallen de notaris geen niet betalende cliënten hebben, omdat de betreffende akte pas gepasseerd wordt als

65 Art. 9 lid 3 gedragsregels advocaten. Volgens Snijders in zijn noot bij HR 2 februari 2001, NJ 2002, 372, is deze gedragsregel tevens een rechtsregel, die art. 7:401 BW nader invult (deze bepaling verplicht de opdrachtnemer de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen).

66 Tekst van het rolreglement te vinden in *Stcrt.* 2001, nr. 249.

67 Boekman, Steenmetser-Bakker & Quant 2003, p. 64-65.

68 Boekman, Steenmetser-Bakker & Quant 2003, p. 64.

het geld op de (kwaliteits)rekening van de notaris staat, en dat bedrag is inclusief het honorarium voor de notaris. Het feit dat er tot dat moment geen akte wordt gepasseerd, is geen uitoefening van het opschortingsrecht van de notaris, maar dient om de belangen van de betrokken partijen te waarborgen en is dus een normale en zelfs vereiste beroepsuitoefening.

2.6.4 Gerechtsdeurwaarder

Bij de deurwaarder is niet-betaling uitdrukkelijk geregeld: de deurwaarder hoeft een opdracht niet te accepteren als de opdrachtgever weigert het wettelijk vastgelegde voorschot op het tarief te betalen (art. 11 sub b Gerechtsdeurwaarderswet). Dat gaat dus over het aangaan van de overeenkomst. Ik neem echter aan, dat ook indien de deurwaarder al begonnen is met uitvoering en de opdrachtgever betaalt de (tussentijdse) rekening niet, hij mag opschorten. Volgens de algemene opschortingsregels mag dat ook als een rekening voor een eerdere opdracht niet is betaald. Bij de deurwaarder zie ik weinig reden om dat opschortingsrecht beperkt toe te passen. Uiteraard bestaat er een afhankelijkheid van de diensten van de deurwaarder, maar als de executant niet wil of kan betalen, houdt het op. Dat betekent wel een belemmering om 'recht te halen', maar het lijkt mij niet dat dat probleem in de overeenkomst tussen de deurwaarder en de cliënt moet worden opgelost. Dat kan anders komen te liggen als de tarieven de pan uit zouden rijzen. De tarieven voor ambtshandelingen zijn dan ook gereguleerd.⁶⁹ Ik kan me hooguit voorstellen dat in heel spoedeisende zaken (schip moet aan de ketting worden gelegd of anders is grote schade het gevolg), de deurwaarder niet mag opschorten. De deurwaarder zal dus wel het belang van zijn opdrachtgever in het oog moeten houden, maar ik zie hier duidelijk minder belemmeringen dan bij bijvoorbeeld een arts of een procureur.

De verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders bepaalt dat indien de deurwaarder meent dat hij een opdracht niet kan uitvoeren, hij de opdrachtgever hiervan onverwijld in kennis stelt. Kan hij een opdracht niet tijdig uitvoeren, dan geeft hij deze zo spoedig mogelijk terug.⁷⁰

Een deel van de *opzeggings*gronden bij de juridische beroepsbeoefenaren zijn tevens gronden voor *ontbinding*, maar ontbinding komt bij mijn weten nauwelijks voor. Dat is gezien de aard van het werk ook logisch. Ten eerste is het werk dat reeds is verricht niet terug te draaien, zodat opzegging meer voor de hand ligt, ofschoon ook gedeeltelijke ontbinding voor de toekomst mogelijk is. Ten tweede is voor ontbinding een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst – door in dit geval de opdrachtgever – vereist. Dat laat

69 De tarieven voor ambtshandelingen zijn gereguleerd in het Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders.

70 Art. 6 en 7 Verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders, *Stcrf.* 2001, nr. 132.

zich denken als de opdrachtgever de rekening(en) niet betaalt, maar voor het overige is het de vraag of de genoemde omstandigheden, als een vertrouwensbreuk, wel steeds als een tekortkoming in de nakoming zijn aan te merken. In een geval van wanbetaling, dat in ieder geval een tekortkoming oplevert, geldt voor opschorting en ontbinding hetzelfde als voor opzegging: het mag, maar dient wel zeer zorgvuldig te geschieden waarbij het belang van de cliënt in de gaten moet worden gehouden.

2.7 Opschorting, ontbinding en opzegging overeenkomst van opdracht door arts

Artikel 7:460 BW bepaalt dat de hulpverlener behoudens gewichtige redenen de geneeskundige behandelingsovereenkomst niet kan opzeggen. De reden van deze restrictie in de opzeggingsbevoegdheid is het belang van de gezondheid van de patiënt. Als gewichtige redenen gelden bijvoorbeeld de verhuizing van de patiënt (met name voor de huisarts een geldige reden voor opzegging, daar deze binnen vijftien minuten bij de patiënt moet kunnen zijn in normale omstandigheden), het neerleggen van de praktijk door de hulpverlener, een verstoring van de vertrouwensband, het niet volgen van de therapie, of medische zinloosheid van de behandeling.⁷¹ Deze opzeggingsgronden zijn tevens gronden om het aangaan van de behandelingsovereenkomst te weigeren, zoals aan de orde kwam in hoofdstuk 5.

Opzeggingsgronden die niet zijn genoemd bij de bespreking van de weigeringsgronden van de arts zijn discriminatie, seksuele intimidatie of bedreiging, door de patiënt.⁷² In al deze gevallen zou ik aannemen dat de arts de behandelingsovereenkomst ook niet hoeft aan te gaan. Uit de aard van de zaak zal een dergelijke grond zich echter vaak pas voordoen nadat de arts al met behandelen is begonnen.

Een arts kan de behandeling niet zonder meer opschorten wegens niet-betaling. Een patiënt niet willen behandelen uit angst dat de rekening niet zal worden voldaan, wordt in noodgevallen nooit geaccepteerd en in andere gevallen moeizaam. Uit de rechtspraak van de tuchtrechter blijkt dat de belangen van de patiënt en de arts tegen elkaar worden afgewogen, waarbij het belang dat de patiënt heeft bij behandeling zwaar weegt. Dat brengt met zich mee dat de arts meestal niet op grond van financiële redenen behandeling kan weigeren.⁷³ De arts mag wel indien daartoe redelijkerwijs aanleiding

71 Biesart (*Bijzondere overeenkomsten I*), art. 7:460, aant. 2.1 en. 2.2.

72 Biesart (*Bijzondere overeenkomsten I*), art. 7:460, aant. 2.3.

73 Brands 1997, p. 95-96, met verwijzing naar oudere rechtspraak van medische tuchtcollages: MT Amsterdam 30 juni 1934, NJ 1935, p. 719, MT Amsterdam 30 juni 1934, NJ 1935, p. 720 (waar in beide gevallen overigens geen maatregel werd opgelegd omdat de patiënt gedurende maanden was aangemaand om te betalen. Zelfs dan is echter het weigeren van hulp, i.c. bij een bevalling, niet geoorloofd); CMT 17 april 1947, NJ 1947, 561 (vooruitbetaling

bestaat van de patiënt vooruitbetaling of zekerheidsstelling verlangen. Hoe moet 'redelijkerwijs aanleiding toe' worden geduid? Daaronder valt mijns inziens de situatie dat een patiënt voorgaande keren niet heeft betaald. En het zal eventueel ook gelden voor diegenen die geen vaste patiënt zijn van de huisarts. Indien het gaat om een patiënt van een huisarts, die eerdere rekeningen niet heeft betaald, is volgens mij sprake van de uitoefening van een opschortingsrecht: de arts behandelt niet totdat er zekerheid is gesteld. Er is een tekortkoming van de patiënt naar aanleiding van een eerdere behandeling. Op grond van artikel 6:52 lid 2 BW is er dan voldoende samenhang om opschorting mogelijk te maken.⁷⁴ De verbintenissen vloeien namelijk voort uit dezelfde rechtsverhouding, het raamcontract. En anders is te verdedigen dat het 'zaken' zijn die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan. De terminologie is niet zo passend hier, maar het komt erop neer dat er eerdere overeenkomsten tussen dezelfde contractspartijen zijn gesloten. Het achterwege laten van vooruitbetaling of zekerheidsstelling geeft de arts overigens nooit de bevoegdheid acuut te verlenen geneeskundige hulp achterwege te laten.⁷⁵

Brands merkt op dat de huisarts het beste de beschikbaarheidsrelatie kan verbreken, als een patiënt zijn rekeningen niet betaalt.⁷⁶ Dit lijkt mij inderdaad de aangewezen weg, want een huisarts zal hulp aan een patiënt die staat ingeschreven niet mogen weigeren. Aan degenen die om hulp vragen, maar geen patiënt zijn, mag hulp worden geweigerd, ofschoon ook daar voorwaarden voor gelden.⁷⁷

Het opschortingsrecht kan dus bij wanbetaling door de patiënt door de arts worden uitgeoefend, alleen niet in dezelfde mate als bij een willekeurige andere overeenkomst. Behandeling van de patiënt gaat vóór en dat betekent dat een huisarts altijd een patiënt te woord zal moeten staan en zal moeten onderzoeken, ook als deze de vorige rekening(en) nog niet heeft betaald. Hij of zij kan namelijk niet uitsluiten dat de patiënt dringend behandeling behoeft, voordat dat is onderzocht. Dat levert dus een belangrijke beperking op in het gebruik van het opschortingsrecht als pressiemiddel.

Ontbinding van een geneeskundige behandelingsovereenkomst op grond van wanbetaling zal dezelfde beperkingen ondervinden als hierboven genoemd. Bij niet noodzakelijke ingrepen (niet medisch geïndiceerde cosmetische chirurgie bijvoorbeeld) zal dat wel kunnen, maar in andere gevallen niet.

vragen niet geoorloofd. Het ging om iemand die nog met de behandeling moest beginnen). Bij de behandeling van de WGBO leek de mogelijkheid van het weigeren van behandeling op grond van financiële redenen open gelaten te worden. *Kamerstukken II 1992/93*, 21 561, nr. 15, p. 7. In zoverre wijkt dit af van de tuchtrechtspraak. Brands 1997, p. 322-323.

74 Art. 6:262 en 6:263 BW zijn hier niet toepasbaar, omdat het niet gaat om tegenover elkaar staande verbintenissen, indien het gaat om een niet-betaalde rekening van een vorig consult.

75 (Toelichting op) art. 42 en 44 Modelovereenkomst.

76 Brands 1997, p. 96.

77 Zie nader hfdst. 5.

In andere gevallen dan die van wanbetaling laat opschorting of ontbinding zich lastig voorstellen. Grond voor ontbinding kan bijvoorbeeld zijn dat de patiënt niet wil meewerken en daarom de behandeling zinloos blijkt. Er is dan wellicht een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door de patiënt aan te nemen. Het punt is echter, hetgeen hiervóór ook al aan de orde is geweest, dat ontbinding ongedaanmakingsverbintenissen (art. 6:271 BW) doet ontstaan. Dat betekent dat de arts een eventuele reeds verrichte betaling door de patiënt moet retourneren, terwijl de arts een waardevergoeding krijgt voor zijn verrichte diensten (art. 6:272 BW), omdat die prestatie naar zijn aard niet ongedaan te maken is. Op zichzelf zouden die twee bedragen tegen elkaar kunnen worden weggestreept, maar het lijkt mij logischer om dan maar een opzeggingsbevoegdheid en geen ontbindingsbevoegdheid te hanteren. Eventueel kan ook hier weer worden gewerkt met de figuur van de gedeeltelijke ontbinding voor de toekomst, waarbij deze problemen zich niet voordoen. Opzegging heeft ook dan echter een voordeel boven ontbinding: voor opzegging is geen tekortkoming vereist. Nu er aarzelingen mogelijk zijn over de vraag of het niet-meewerken van een patiënt aan zijn behandeling wel als tekortkoming in de nakoming van de behandelingsovereenkomst te kwalificeren is, maakt dat opzegging eenvoudiger dan ontbinding.

2.8 Opschorting, ontbinding en opzegging verzekeringsovereenkomst door verzekeraar

Bij opschorting van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar denkt men in eerste instantie aan de situatie dat de verzekeringnemer de premie niet heeft betaald. In de nieuw in te voeren regeling van de verzekeringsovereenkomst in titel 17 van boek 7 BW⁷⁸ is geregeld dat verzuim van premiebetaling eerst kan leiden tot beëindiging of schorsing van de verzekeringsovereenkomst of de dekking, nadat de verzekeringnemer na de vervaldag onder vermelding van de gevolgen van het uitblijven van betaling, vruchteloos is aangemaand tot betaling binnen een termijn van 14 dagen. Een aanmaning is niet nodig als de verzekeraar uit een mededeling van de verzekeringnemer moet afleiden dat deze niet zal betalen, althans er wordt verwezen naar artikel 6:83 sub c BW.⁷⁹

De meeste huidige polissen geven aan dat de premie vooruit moet worden betaald, met een betalingstermijn van dertig dagen. Daarna kan de verzekeraar opschorten.⁸⁰ De Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf heeft echter bepaald dat indien sprake is van niet-opzettelijke wanbetaling, het in strijd is met de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf om na verloop

78 Op 1 november 2004 nog in behandeling bij de Eerste Kamer. *Kamerstukken I*, 19 529.

79 Art. 7.17.1.10 in de voorlopige nummering.

80 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 124.

van dertig dagen de dekking op te schorten zonder ingebrekestelling (wat op zich dus kan, omdat voor uitoefenen van het opschortingsrecht wel een tekortkoming vereist is, maar de schuldenaar niet in verzuim hoeft te zijn). De verzekeringnemer moet tijdig tevoren en onmiskenbaar duidelijk zijn gewezen op de gevolgen van niet tijdige betaling van de premie.⁸¹

De norm van de Raad van Toezicht is nu dus in het wetsvoorstel opgenomen: er dient na het verstrijken van de eerste termijn te worden gewaarschuwd voor de gevolgen van niet-betaling. Zo'n aanmaning zal overigens pas zin krijgen als het een zelfstandig bericht is en niet al met de premienota mee wordt gestuurd,⁸² daarom spreekt de tekst van het nieuwe artikel over een aanmaning *na* de vervalddag.⁸³

De verzekeraar mag de volledige dekking opschorten, ook als de hoogte van de te betalen premie in geen verhouding staat tot de geleden schade en de periode van verzuim slechts van korte duur is geweest. De verzekeraar handelt niet in strijd met redelijkheid en billijkheid door zich in dat geval op zijn opschortingsrecht te beroepen. Ook het feit dat er altijd te laat werd betaald en dat de verzekeraar daartegen nooit bezwaar heeft gemaakt, brengt geen beperking in de opschortingsbevoegdheid van de verzekeraar met zich mee.⁸⁴ De verzekeraar (of diens tussenpersoon) dient echter bij niet-betaling van de premie, ook na verscheidene aanmaningen, pogingen te ondernemen om met de verzekerde in contact te komen, indien de premie voorheen wel steeds werd betaald en geen reactie volgde op de (niet-aangetekende) herinneringsbrieven. Dit geldt te meer als de gevolgen van de niet-betaling ernstig zijn, zoals het royement van de WAM-verzekering.⁸⁵

Over opzegging wordt in de nieuw in te voeren regeling van de verzekeringsovereenkomst in titel 17 van boek 7 het volgende geregeld. Een verzekeringsovereenkomst die is aangegaan voor meer dan vijf jaar (of die voor een periode van meer dan vijf jaar is verlengd), kan worden opgezegd tegen het einde van elk vijfde jaar binnen die periode (art. 7:17.1.13). Die opzegging kan plaatsvinden zowel door de verzekeraar als door de verzekerde. De huidige praktijk is dat de verzekeringspolis een beding van stilzwijgende verlenging kent. Aan het einde van de contractduur wordt de verzekering stilzwijgend met eenzelfde periode verlengd, tenzij de verzekeringnemer daartegen bezwaar maakt (binnen een bepaalde termijn). Zeker als het gaat om langlopende

81 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 125. Uitspraak RvT III-86/25 m. nt. P. Clausing, *TvC* 1987, p. 140-146.

82 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 126.

83 *Kamerstukken II* 1999/00, 19 529, nr. 5, p. 24.

84 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 125. Zie resp. Hof 's Gravenhage 18 oktober 1984, *S&S* 1986, 128 en Hof 's-Gravenhage 19 april 1984, *S&S* 1985, 21.

85 RvT Verzekeringen uitspraken nr. 2004/03 en 2004/04. Te vinden via <www.klachteninstituut.nl>.

contracten, kan zo'n stilzwijgende verlenging bezwaarlijk zijn, vandaar de nieuwe mogelijkheid om iedere vijf jaar te beëindigen.⁸⁶

De verzekeraar dient volgens uitspraken van de Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf op grond van redelijkheid en billijkheid terughoudend te zijn met het toepassen van zijn contractueel overeengekomen recht tot tussentijdse opzegging, als het gaat om een verzekeringnemer die niet te kwader trouw is. Hij zal moeten overwegen of de omstandigheden voldoende ernstig zijn om opzegging te rechtvaardigen en of er in redelijkheid geen minder ingrijpende maatregel kan worden gevonden die evenzeer recht doet aan de belangen van beide partijen. Het probleem is namelijk dat vaak geen andere verzekering kan worden verkregen, juist omdat de eerste verzekering tussentijds is opgezegd. Andere verzekeraars staan dan niet te springen om de (ex-)verzekerde te accepteren.⁸⁷

De verzekering kan door de verzekeraar worden opgezegd indien de verzekeringnemer niet alle relevante feiten voor het aangaan van de verzekeringsovereenkomst heeft gemeld en de verzekeraar ontdekt dat de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet hem te misleiden of de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. De opzegging kan dan met dadelijke ingang geschieden.⁸⁸

Een verzekeraar mag in geval van bedrog bij de afwikkeling van een schade niet zonder meer ook andere verzekeringen tussentijds opzeggen. Dat kan wel als elke vertrouwensbasis is weggefallen en de verzekeringnemer een moreel risico in brede zin is geworden. Deze opzegging kan dan niet op grond van de polissen van de overige verzekeringen zijn gegrond, omdat hetgeen daarin over bedrog staat, alleen ziet op bedrog bij de betreffende verzekeringsovereenkomst. Opzegging dient dan te geschieden op grond van redelijkheid en billijkheid.⁸⁹

Ook een standaardpakketpolis, die onder contractdwang tot stand komt, kan door de verzekeraar wegens wanbetaling worden opgezegd. Wel dient een termijn van dertig dagen (onder het komende recht veertien dagen) te worden gehanteerd waarin alsnog kan worden betaald, waarbij door de verzekeraar duidelijk moet worden aangegeven dat bij niet-betaling de dekking niet geldt voor medische behandelingen die hebben plaatsgevonden na de vervaldag van de premie. Houdt de verzekeraar zich niet aan die waarschuwingsplicht, dan kan hij de verzekering niet royeren.⁹⁰ Dit komt overeen met

86 Dergelijke lange, stilzwijgende verlengingen zijn onredelijk bezwarend jegens consumenten volgens art. 6:236 sub j en 6:237 sub k BW, maar de regeling van de algemene voorwaarden geldt niet voor de verzekeringsovereenkomst. Zie Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 144.

87 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 150.

88 Art. 7:17.1.5 wetsontwerp 19 529.

89 Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI), nr. 151.

90 Bindend advies van 21 november 2001, nr. 01032 van de Beroepscommissie van de Stichting Beroepscommissie Wtz, <www.zn.nl>.

de reguliere bepalingen over opzeggen van de schadeverzekering in het algemeen.

Vanwege het grote gevolg van het niet verzekerd zijn ligt op de verzekeraar de verplichting om bij de beëindiging zorgvuldig te werk te gaan. Bij de opzegging van de verzekeringsovereenkomst dient sowieso zorgvuldigheid te worden betracht, en dat geldt helemaal voor een verzekering die zo essentieel is als de ziektekostenverzekering. Daarenboven zijn de verzekerden die onder de standaardpakketpolis vallen kwetsbaar omdat van hen bij voorbaat vast staat dat ze moeilijk een andere verzekeraar zullen vinden, daar ze geen interessante doelgroep vormen.

3 BEROEP OP OVERMACHT

3.1 Eerder wanprestatie bij contractdwang?

Wordt vaker slecht gepresteerd door een contractpartij die onder invloed van contractdwang heeft gecontracteerd, dan door een partij die geen contractdwang heeft ondervonden bij het sluiten van de overeenkomst? De gedachte is dat de betreffende persoon of het betreffende bedrijf niet wilde contracteren en daarom minder zijn best zal doen bij de uitvoering. Beekhuis ging bijvoorbeeld uit van de veronderstelling dat partijen zich aan gedwongen contracten (waarmee hij meer vormen van dwang bedoelde dan alleen contractdwang) minder gelegen zouden laten liggen, omdat de betreffende verplichtingen niet voortvloeiden uit 'de zedelijke norm van de gebondenheid aan het gegeven woord'.⁹¹

Ik geloof niet dat de uitvoering van het contract door degene die contractdwang heeft ondervonden in het algemeen slechter is dan door degene die zonder contractdwang heeft gecontracteerd. Een bedrijf dat directe contractdwang ondervindt, is er in het algemeen aan gewend om verplicht te contracteren: het is zijn gewone bedrijfsuitoefening.

Bij indirecte contractdwang zie ik eerder een dergelijke onbereidwilligheid ontstaan, omdat daar veel duidelijker het probleem is dat men niet met *deze wederpartij* had willen contracteren. Denk aan een contracteerplicht die is opgelegd omdat discriminatie is geconstateerd, of omdat misbruik van machtspositie (art. 82 EG-Verdrag) heeft plaatsgevonden.

Met name in het geval van discriminatie zou de uitvoering wat stroef kunnen worden. Dit is niet helemaal uit de lucht gegrepen: uit de rechtspraak over discriminatie in de horeca blijkt dat vaker dezelfde bars of discotheken

91 Beekhuis 1989, p. 191.

in rechte zijn betrokken.⁹² Het gedrag is dus hardnekkig en dat heeft te maken met de niet zakelijke aard van de aanvankelijke weigering. Uiteraard heeft de aard van het contract er ook iets mee te maken. Zou er discriminatie naar ras hebben plaatsgevonden bij een sollicitatie voor een arbeidsovereenkomst en dat zou worden geredresseerd door een verplichting om de betreffende persoon in dienst te nemen, dan valt te vrezen dat die persoon een onprettige bejegening ten deel valt. Het is overigens zeer moeilijk om discriminatie bij sollicitaties aan te tonen, maar als het lukt, dan is de vraag of een contracteerplicht hier een goede oplossing is.⁹³

3.2 Overmacht

3.2.1 Algemeen

Een tweede vraag is of een beroep op overmacht van de zijde van degene die contractdwang ondervindt moeilijker of juist makkelijker slaagt. Het ligt in de rede te veronderstellen dat indien een bepaalde prestatie door contractdwang wordt 'gezekerd', niet heel snel een beroep op overmacht mogelijk is. De prestatie is dan immers niet verricht en dat is wel waar het om gaat. Indien niet presteren niet aan de schuldenaar wordt toegerekend, dan worden slechte prestaties in de hand gewerkt. Bij directe contractdwang staan dan ook veel van de overmachtgevallen al in de wet of in de memorie van toelichting vermeld. Aangegeven wordt wanneer de gedwongen prestatie niet van het energieleveringsbedrijf, het vervoersbedrijf, of TPG Post kan worden ver-

92 Overigens kan de horecavergunning door B&W worden beperkt of zelfs ingetrokken, indien discriminatie wordt geconstateerd. De vergunning van een horecagelegenheid waarvan de leidinggevende binnen vijf jaar tijd tweemaal onherroepelijk tot geldboetes van €500,- of meer wordt veroordeeld wegens overtreding van art. 429quater Sr, moet worden ingetrokken. Dit volgt uit art. 4 lid 2 sub c van het Besluit eisen zedelijk gedrag Drank- en horecawet, *Stb.* 1999, 378. De Fey, Kellerman & Nieuwboer 2004, p. 80.

93 In HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 225 is uitgemaakt, na een prejudiciële procedure, dat een werkgever onrechtmatig handelt door geen arbeidsovereenkomst aan te gaan met een zwangere vrouw die door een sollicitatiecommissie wordt voorgedragen als meest geschikte kandidaat als daarvoor de enige reden is dat bij zwangerschapsverlof financiële problemen zouden ontstaan. Het Hof Den Haag moet de zaak verder afdoen. Ik heb niet kunnen achterhalen of dit erin heeft geresulteerd dat mevrouw in dienst is genomen, of dat er een schadevergoeding is uitgekeerd. In een geval waarin werd aangenomen dat er ongeoorloofd onderscheid werd gemaakt tussen mannen en vrouwen bij een sollicitatie en daarmee een onrechtmatige daad werd gepleegd, werd een symbolische schadevergoeding toegekend. Dat had te maken met het feit dat de (interne) sollicitante de baan toch niet zou hebben gekregen omdat het team waarmee ze zou werken een negatief advies had uitgebracht. Ktg. Gouda 13 maart 1986, *Prg.* 1987, p. 212-215. De Commissie Gelijke Behandeling behandelt eveneens zaken over discriminatie bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, vaak op basis van geslacht, zie voor 2003 bijvoorbeeld de oordelen 17 november 2003, nr. 03-138 en 18 november 2003, nr. 03-136, te vinden in: De Wolff e.a. 2004, p. 40-41 en 278-279.

langd. Ook de verscheidene Model algemene voorwaarden geven inzicht in wanneer een bepaalde prestatie een tekortkoming oplevert, en indien er sprake is van een tekortkoming, in welke gevallen deze dan in ieder geval niet kan worden toegerekend.

3.2.2 Overmacht netbeheerder of energieleverancier

3.2.2.1 Overmacht netbeheerder

Volgens de Model algemene voorwaarden staat de netbeheerder jegens de afnemer niet in voor de continuïteit van het transport.⁹⁴ Dit lijkt te duiden op een inspanningsverbintenis, maar dat is volgens mij niet juist. Op de netbeheerder rust een resultaatsverbintenis om te zorgen dat er geen storingen ontstaan.⁹⁵ Voor het netbeheer is daar niet eerder over geschreven, omdat deze taak voorheen altijd in één pakket zat met de energieleverantie. Bij de bespreking van het beroep op overmacht door de energieleverancier wordt nader onderbouwd waarom het gaat om een resultaatsverbintenis van de netbeheerder.

De vraag of sprake is van een inspannings-, dan wel een resultaatsverbintenis, ziet op de vraag wat de prestatie is die moet worden verricht, en dus op de vraag of er al dan niet een tekortkoming is. Strikt genomen hoort dit dus onder het kopje 'overmacht', dat over de toerekenbaarheid van de tekortkoming gaat, niet thuis. Aangezien ik van mening ben dat op de netbeheerder een resultaatsverbintenis rust, levert een onderbreking volgens mij in ieder geval een tekortkoming op en is de vraag of die toerekenbaar is. Vandaar toch de behandeling hier.

De weigering om transport te verrichten vanwege een gebrek aan capaciteit is een niet-nakoming van de transportovereenkomst. Deze niet-nakoming zal overmacht opleveren, indien het transportbedrijf het capaciteitsgebrek afdoende kan onderbouwen.⁹⁶ De wet sanctioneert immers expliciet het weigeren van transport wegens capaciteitsgebrek.⁹⁷

⁹⁴ Art. 7 Model algemene voorwaarden aansluiting en transport gas en elektriciteit 2000 huishoudelijke afnemers en art. 4 lid 2 Model algemene voorwaarden transport van gas 2002 voor zakelijke netgebruikers en art. 8 lid 4 Model algemene voorwaarden aansluiting en transport elektriciteit 2000 voor zakelijke afnemers.

⁹⁵ Zie hierna: par. 3.2.2.2; In gelijke zin: Goes & Koster 2004, p. 62.

⁹⁶ Indien sprake is van een inspanningsverbintenis en niet van een resultaatsverbintenis, gaat het niet om overmacht. Er is dan om te beginnen geen tekortkoming, omdat het bedrijf aan zijn verplichtingen voldoet door voldoende inspanningen te verrichten. Het verschil is met name een andere bewijslast: bij een resultaatsverbintenis is er een tekortkoming indien het bereikte resultaat niet wordt bereikt en moet het gasbedrijf maar aantonen dat sprake is van overmacht. Bij een inspanningsverbintenis moet de afnemer aantonen dat het bedrijf zich niet voldoende heeft ingespannen.

⁹⁷ Zie art. 15 lid 1 sub a Gaswet en art. 24 lid 2 Elektriciteitswet, waarover nader par. 3.2.2. van hfdst. 2.

De netbeheerder is volgens het contract met de huishoudelijke afnemers aansprakelijk voor de schade als gevolg van de onderbreking van het transport, maar alleen voorzover de onderbreking het gevolg is van een toerekenbare tekortkoming van de netbeheerder en met een beperking van de schade tot persoonsschade of zaakschade, deze laatste beperkt tot privé-zaken en met een franchise van € 55,-.⁹⁸

De beperking van de aansprakelijkheid tot de toerekenbare tekortkoming van de netbeheerder is een gewone toepassing van artikel 6:75 BW. De netbeheerder staat niet in voor de continuïteit van de levering en geeft dus geen garantie. Er is geen snellere toerekening dan normaal.

De beperking van de schade tot persoonsschade of zaakschade en ook de franchise vormen wel een beperking van de aansprakelijkheid en dus een exoneration. De vraag is of deze de toets van artikel 6:237 sub f BW kan doorstaan. Het beding dat de gebruiker van de algemene voorwaarden geheel of gedeeltelijk bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Hier is sprake van een beperking van aansprakelijkheid, omdat artikel 6:98 BW e.v. geen franchise kennen. In beginsel dient de gehele schade te worden vergoed.⁹⁹ Dit betekent dat deze exoneration wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn jegens consumenten.¹⁰⁰ Loos is van mening dat enige beperking van aansprakelijkheid wel geoorloofd kan zijn, omdat indien zich schade voordoet, er waarschijnlijk vele claims zullen

98 Art. 20 Algemene Voorwaarden aansluiting en transport elektriciteit en gas 2000 voor huishoudelijke afnemers.

99 De ingewikkelde vraag naar samenloop met de regeling productaansprakelijkheid, waar een franchise wel in voorkomt, blijft hier achterwege, omdat de netbeheerder in ieder geval niet de producent van energie is. Dat maakt dat hij in ieder geval niet aansprakelijk is op grond van art. 6:185 BW e.v.

100 En op grond van art. 26a Elektriciteitswet en art. 14 Gaswet, ook jegens kleinverbruikers die geen consument zijn. De zwarte en grijze lijst gelden in het energieleveringscontract en in het contract met de netbeheerder ook voor niet-consumenten, anders dan uit de aanhef van art. 6:236 en 6:237 BW zelf blijkt. Men heeft namelijk de regeling van toepassing verklaard voor (zakelijke) kleinverbruikers. In art. 14 Gaswet staat: 'De artikelen 236 en 237 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn mede van toepassing op voorwaarden in overeenkomsten met afnemers als bedoeld in artikel 43, eerste lid, die rechtspersoon zijn of handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf.' Artikel 26a elektriciteitswet bevat een gelijklopende bepaling voor kleinverbruikers. Voor de energieleveringsovereenkomst zijn deze bepalingen van overeenkomstige toepassing verklaard, resp. in art. 44 Gaswet en art. 95b Elektriciteitswet. Deze uitbreiding van het werkingsbereik van de zwarte en grijze lijst voor deze specifieke contracten is bewust. Aan de kritiek die is gerezen is niet tegemoetgekomen, anders dan dat de bepalingen beter zijn geformuleerd dan oorspronkelijk. De Tweede Kamer wilde graag een nog verdergaande bescherming, liefst van alle zakelijke gebruikers, maar dat laatste achtte de minister een te vergaande inbreuk op het gesloten stelsel van het BW. Brief van de Minister van EZ 6 oktober 2003, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 982, nr. 5 en meer recent: Nota naar aanleiding van het verslag van de wijzigingswet Elektriciteitswet en Gaswet, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 372, nr. 10, p. 20 en 21. Zie voor de kritiek op deze regeling: Kortmann & Faber 2003, p. 369-372; Koster & Schade 2003, p. 10.

zijn. Een franchise om ervoor te zorgen dat de transactiekosten niet hoger zijn dan de schade kan dan aangewezen zijn, waarbij hij denkt, in 1997, aan een bedrag van f 50,-. Hij merkt overigens ook nog op dat het voor de hand ligt dit in regelgeving op te nemen, bijvoorbeeld in een AMVB.¹⁰¹ Ik ga er vooralsnog vanuit dat het betreffende beding onredelijk bezwarend is.¹⁰² Het is aan de energiebedrijven om aan te tonen dat in een specifiek geval de exoneration niet onredelijk bezwarend is, waarbij ze zich voor wat de franchise betreft waarschijnlijk zullen beroepen op de massaliteit van de te verwachten claims.

Jegens zakelijke afnemers bestaat geen aansprakelijkheid voor onderbreking of beperking van het transport of storingen, aldus de Model algemene voorwaarden. Dit lijdt alleen uitzondering indien sprake is van opzet of grove schuld van de netbeheerder en diens werknemers of ondergeschikten. Ook is er een beperking ten aanzien van de schadesoort: bedrijfsschade wordt niet vergoed (behalve dan wanneer er opzet of grove schuld van de netbeheerder of diens leidinggevende werknemers zou zijn).¹⁰³

Het verschil in behandeling van huishoudelijke en zakelijke afnemers is goed te verklaren. Een exoneration zoals hier wordt opgenomen in de overeenkomst met de zakelijke afnemers wordt jegens een particulier vermoed onredelijk bezwarend te zijn.¹⁰⁴

In de Netcode staat een tegemoetkomingsregeling stroomstoringen die de netbeheerder bij stroomstoringen langer dan vier uur verplicht de gedupeerde klant een tegemoetkoming te bieden van € 35,- per onderbreking. Ook voor zakelijke afnemers geldt een dergelijke regeling (met bedragen van € 910,- of € 0,35 per gecontracteerd kW).¹⁰⁵

101 Loos 1998a, p. 271-273.

102 Anders: De Wit 2004, p. 121.

103 Art. 20 Model algemene voorwaarden 2000 aansluiting en transport gas en elektriciteit voor huishoudelijke afnemers en art. 16 voorwaarden voor transport van gas 2002 voor zakelijke netgebruikers en voorwaarden voor aansluiting op het gastransportnet 2002 voor zakelijke afnemers. Art. 21 Model algemene voorwaarden aansluiting en transport 2000 elektriciteit zakelijke afnemers. Dit is in lijn met de heersende leer: een exoneration ook bij opzet of grove schuld van de exonerant zelf of zijn leidinggevend personeel is nietig op grond van art. 3:40 BW.

104 De Energieraad heeft een voorstel gedaan om te komen tot een regeling voor de aansprakelijkheid bij leveringsonderbrekingen van elektriciteit en gas. De Energieraad wil de netbeheerders niet alleen aansprakelijk maken voor schade waarvan zij de oorzaak en omvang kunnen beïnvloeden, maar ook voor schade door leveringsonderbrekingen waarop zij niet of in beperkte mate invloed hebben. Te denken valt aan door derden stuk getrokken kabels en leidingen, maar ook aan storingen die hun oorzaak in het buitenland hebben. Wel zou de schade gemaximeerd moeten worden. Daarbij wordt met name gedacht aan factoren die ook bij post en vervoer aan de orde komen als reden voor limitering van aansprakelijkheid: de verhouding tussen de waarde van de geleverde dienst en de grootte van de schade die eruit kan voortvloeien, het feit dat de netbeheerders niet altijd de gevolgschade kunnen beïnvloeden. De minister voelt echter niets voor een apart aansprakelijkheidsregime voor de energiesector. Brief van de Minister van EZ van 20 februari 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 023, nr. 3.

105 Art. 6.3 Netcode.

Tevens stelt DTe op basis van artikel 41 Elektriciteitswet een zogeheten 'kwaliteitsterm' per netbeheerder vast. Dit systeem komt er op neer dat netbeheerders die meer dan gemiddeld stroomonderbrekingen hebben, hun tarieven moeten verlagen. Een netbeheerder die juist betrouwbaarder is dan gemiddeld, mag zijn tarieven verhogen.¹⁰⁶

Het aansprakelijkheidsregime is noch voor zakelijke afnemers noch voor huishoudelijke afnemers stringenter dan bij andersoortige contracten. Of anders gezegd: het beroep op overmacht is niet beperkt vanwege het feit dat er sprake is van contractdwang of vanwege het feit dat sprake is van eerste levensbehoeften. Wel wordt beoogd meer prikkels te geven aan de netbeheerders, al dan niet via het aansprakelijkheidsrecht, om storingen zoveel mogelijk te vermijden. Overigens dient hierbij wel in het oog te worden gehouden, dat het feit dat er andere maatregelen worden genomen, zoals een tegemoetkoming bij stroomstoringen, niet aan civielrechtelijke aansprakelijkheid in de weg staat. Het gaat om verschillende typen regelingen, met te onderscheiden functies.¹⁰⁷ Weliswaar kan van het aansprakelijkheidsrecht ook een prikkel tot gedragsverandering uitgaan, maar aan de effectiviteit daarvan wordt getwijfeld. Primaire functie van het aansprakelijkheidsrecht is zij in ieder geval niet: dat is het brengen van de laedens in de toestand zoals die was voor de normoverschrijding.

3.2.2.2 Overmacht leverancier

Artikel 4 van de Model algemene voorwaarden¹⁰⁸ bepaalt dat gas en elektriciteit in principe continu wordt geleverd, maar dat de leverancier niet instaat voor de continuïteit van de levering. De leverancier zal wel al het mogelijke doen om bij een leveringsonderbreking de levering te hervatten.

De vraag is of hetgeen het energiebedrijf hier beweert, meebrengt dat er een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis op hem rust. Loos is van mening dat het wel degelijk gaat om een resultaatsverbintenis. In dat geval is deze bepaling in de algemene voorwaarden, wanneer jegens consumenten gebruikt, onredelijk bezwarend. Zij valt onder artikel 6:236 sub k BW: de bewijslast wordt gewijzigd ten nadele van de consument. Immers, indien sprake is van een resultaatsverbintenis, dan leidt een onderbreking van de levering er toe dat zonder meer een tekortkoming bestaat. Het is dan aan de leverancier om aan te tonen dat die tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Zou sprake zijn van een inspanningsverbintenis, waar de leveranciers van uitgaan, dan levert een onderbreking van de levering geen tekortkoming

106 Besluit tot vaststelling van de methode tot vaststelling van de kwaliteitsterm ingevolge artikel 41, eerste lid van de Elektriciteitswet 1998 voor de jaren 2004 tot en met 2006, Besluit DTe, nummer 100947-183, te vinden op <www.dte.nl>.

107 Vgl. ook Goes & Koster 2004, p. 63-64.

108 Zowel de Model algemene voorwaarden gas en elektriciteit voor zakelijke afnemers als die voor huishoudelijke afnemers.

op, tenzij wordt aangetoond dat zij zich onvoldoende hebben ingespannen om onderbreking te voorkomen. De bewijslast daarvan ligt echter op de afnemer.¹⁰⁹

Ook Brunner is van mening dat op het energiebedrijf een resultaatsverbintenis rust en niet een inspanningsverbintenis. Over dezelfde bepaling in de algemene voorwaarden (maar dan in de versie van 1994) schrijft hij in zijn noot bij het arrest Consumentenbond/EnergieNed:¹¹⁰

‘Elke leveringsplicht is een resultaatsverbintenis. Wordt de verbintenis niet of niet tijdig nagekomen, dan is de debiteur krachtens art. 6:74 lid 1 BW schadeplichtig, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Het is dan aan de schuldenaar om aan te tonen, dat de tekortkoming niet aan zijn schuld is te wijten, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6:75 BW). Het beding (...) zegt niet, dat de leverancier zich zal inspannen om te leveren, maar alleen dat hij niet instaat voor de continuïteit van de levering. Een garantie van ononderbroken levering wordt dus niet gegeven, maar dat maakt de leveringsplicht nog niet tot een inspanningsverbintenis.’

Dit lijkt mij een juiste conclusie. Een leveringsplicht gaat uit van levering en niet louter van de inspanning om te leveren en dat leidt volgens mij inderdaad tot de conclusie dat er sprake is van een resultaatsverbintenis, hoe de energiebedrijven zelf hun algemene voorwaarden ook mogen uitleggen.

Een ‘opschorting’ van de leverancier jegens de afnemer kan worden gegrond op het feit dat de netbeheerder niet ‘levert’. Het staat er als volgt:¹¹¹

In de gevallen waarin de netbeheerder conform de aansluit/transportovereenkomst het transport van gas mag beperken of onderbreken, is de leverancier bevoegd zijn leveringsplicht op te schorten, het verbruik voor bepaalde doeleinden te verbieden dan wel aan de levering bijzondere voorwaarden te verbinden. In geval van beperking van de levering is de leverancier bevoegd de afnemer aanwijzingen te geven die de afnemer verplicht is op te volgen.

Dit betekent dus dat indien de *netbeheerder* niet in staat is gas te leveren, de *leverancier* zichzelf bevoegd acht zijn leveringsplicht jegens de afnemer op te schorten. Mijns inziens kan dit nooit een opschortingsrecht in de zin van de wet (art. 6:262 of 6:52 BW) zijn, omdat daarvoor vereist is dat de wederpartij diens verbintenis niet nakomt. Dat is hier niet het geval: de afnemer heeft hier niets mee te maken. Dit is dus geen opschortingsrecht, maar eerder een regeling van overmacht bij wanprestatie.

109 Loos 1998a, p. 145-147.

110 HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1.

111 Art. 5 Model algemene voorwaarden levering gas en elektriciteit 2000. De bepaling staat zowel in de voorwaarden voor zakelijke als voor huishoudelijke verbruikers.

Overmacht wegens problemen met de aansluiting staat ook geregeld in artikel 16 van de Model algemene voorwaarden voor huishoudelijke afnemers. Dit artikel bepaalt dat de leverancier nooit aansprakelijk is jegens huishoudelijke afnemers als er geen of onvoldoende gas of elektriciteit wordt geleverd ten gevolge van het niet of niet goed functioneren van een installatie, een aansluiting of een transportnet. Indien de netbeheerder niet goed presteert (het transportnet functioneert niet goed), acht de leverancier zich niet aansprakelijk. Voor de afnemer betekent dit dat hij zijn schade op de netbeheerder moet verhalen. Dat kan op grond van het contract dat de afnemer met de netbeheerder heeft. Het hangt dus van de exoneratie die de netbeheerder in het contract heeft opgenomen af of de afnemer zijn schade in dit geval vergoed krijgt.

In andere gevallen dan storingen in het net waarvoor de netbeheerder verantwoordelijk is, is de leverancier aansprakelijk voor schade als gevolg van onderbreking van de levering, echter uitsluitend indien en voorzover de onderbreking het gevolg is van een aan de leverancier toerekenbare tekortkoming en het persoonsschade betreft als gevolg van lichamelijk letsel of overlijden en/of zaakschade bestaande uit vernietiging, beschadiging of verlies van zaken die gewoonlijk voor ge- of verbruik in de privé-sfeer zijn bestemd en ook in de privé-sfeer zijn ge- of verbruikt. Er wordt een franchise voor zaakschade aangehouden van € 55,-. Ook is er een limitering van het bedrag voor persoon- of zaakschade.

Deze exoneratieclausule is wellicht vernietigbaar. Het is namelijk mogelijk een energieleveringsovereenkomst te kwalificeren als een koopovereenkomst van energie, meer specifiek een consumentenkoop. Artikel 7:5 lid 1 BW bepaalt namelijk sinds kort dat onder consumentenkoop ook valt de koop van elektriciteit. Als de verkoper handelt in de uitoefening van zijn bedrijf (en dat doen de energiebedrijven) en de koper is een consument (natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf), dan is sprake van een consumentenkoop. Dat heeft tot gevolg, op grond van art. 7:6 lid 1, dat de kooptitel van dwingend recht is. En in die kooptitel staat onder andere art. 7:17 BW, dat bepaalt dat een gekochte zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Indien de elektriciteit uitvalt, kan het zijn dat de gekochte zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt.¹¹² Het hangt af van wat de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, waarbij de aard van de zaak een rol speelt. Gezien de aard van elektriciteit en het feit dat het algemeen bekend is dat deze weleens uitvalt, zal een onderbreking in de stroomvoorziening niet per definitie tot non-conformiteit leiden. Daarbij zijn ook de mededelingen van de verkoper van belang, en energiebedrijven garanderen niet een continue levering van stroom. Maar bij een frequente uitval van elektriciteit, of een bijzonder lange stroomstoring, zou wellicht weleens de conclusie kunnen

112 Vgl. Loos 2003, p. 262.

luiden dat er sprake is van non-conformiteit, en dus van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Als dat het geval is, dan is de exonerationclausule zoals hierboven omschreven, vernietigbaar, op grond van artikel 3:40 lid 2 jo 7:6 lid 1 BW. Het recht op schadevergoeding van de consumentkoper (o.g.v. art. 7:17 jo 7:24 lid 1 BW) wordt dan immers beperkt en dat is in strijd met dwingend recht.

In de Model algemene voorwaarden voor zakelijke afnemers staat ook een fikse algemene exoneration opgenomen. Artikel 16 bepaalt dat de leverancier jegens de afnemer niet aansprakelijk is voor schade ontstaan ten gevolge van onderbreking of beperking van de levering. Ook wordt geëxonereerd voor schade ten gevolge van een gebrek in de levering, handelen of nalaten in verband met de levering door de leverancier, zijn werknemers of ondergeschikten, dan wel niet-ondergeschikten (met een beperking ten aanzien van opzet of grove schuld van leverancier of ondergeschikten).

De exonerationen jegens zakelijke afnemers zijn niet anders dan bij andere typen contracten. Ook jegens huishoudelijke afnemers zie ik geen terughoudendheid in het beroep op overmacht, anders dan de beperkingen die worden gesteld door de zwarte en grijze lijst. Wel is het zo dat de Consumentenbond niet voor niets de exoneration in de oude algemene voorwaarden heeft laten vernietigen: het gaat om voorwaarden waar iedere consument mee te maken krijgt, en waarbij een grote afhankelijkheid van het product bestaat. Ik ben van mening dat de huidige exoneration jegens consumenten nog steeds kans maakt vernietigd te worden op grond van artikel 6:233 sub a jo 6:237 sub f BW.

3.2.3 Overmacht openbaar vervoerder

De openbaar vervoerder is niet aansprakelijk voor vertragingschade van de reiziger, aldus artikel 8:108 BW. Er wordt bovendien van een inspanningsverbintenis uitgegaan, dus de vervoerder verbindt zich ook niet om op tijd te rijden, alleen om daar zijn best voor te doen. Het probleem bij het wel vergoeden van vertragingschade zou de bepaling van de schade zijn alsmede het grote aantal reizigers dat met vertragingschade te kampen heeft en schadevergoeding zou kunnen gaan claimen. Als het om kleine bedragen gaat, zijn de transactiekosten in verhouding erg groot.¹¹³

113 Over deze vragen is een rapport uitgebracht door Nieuwenhuis en Sieburgh, getiteld *Aansprakelijkheid voor vertragingschade van openbaar vervoerder*. Het rapport is niet gepubliceerd, wel is de samenvatting beschikbaar als bijlage 1 bij *Kamerstukken II* 2002/03, 27 216, nr. 44. Zij voelen voor het aannemen van een resultaatsverbintenis, dus rijden volgens de dienstregeling, terwijl tot nu toe meestal van een inspanningsverbintenis wordt uitgegaan. De schadevergoeding zou wel moeten worden beperkt tot de transactieschade (dus kosten kaartje) en de kosten van het verwittigen van het thuisfront en indien overnachting noodzakelijk wordt, de hotelkosten. Indien sprake zou zijn van een resultaatsverbintenis zou dit resultaat ook bereikt kunnen worden door ontbinding van de vervoersovereenkomst

Op grond van artikel 8:105 BW is de vervoerder wel aansprakelijk voor schade veroorzaakt door dood of letsel van de reiziger ten gevolge van een ongeval dat in verband met en tijdens het vervoer aan de reiziger is overkomen. De vervoerder is alleen dan niet aansprakelijk als hij overmacht in de zin van dit artikel kan aantonen, hetgeen een overmachtbegrip is dat afwijkt van dat van artikel 6:75 BW.¹¹⁴

Er gelden twee cumulatieve eisen voor overmacht, die beide door de vervoerder dienen te worden bewezen. In de eerste plaats: voorzover het ongeval is veroorzaakt door een omstandigheid die een zorgvuldig vervoerder niet heeft kunnen vermijden en ten tweede: indien en voorzover een zorgvuldig vervoerder de gevolgen daarvan niet heeft kunnen verhinderen. Het is dus een vrij ruim overmachtbegrip, maar het wordt weer enigszins ingeperkt doordat in artikel 8:105 lid 3 BW staat dat lichamelijke of geestelijke tekortkomingen van de bestuurders alsmede slecht functioneren van het materiaal aan de vervoerder worden toegerekend.

Artikel 8:106 BW regelt de aansprakelijkheid voor schade aan of verlies van bagage. Artikel 8:110 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid voor schade door dood of letsel beperkt is tot € 137.000,- en voor schade aan handbagage tot € 1000,-.¹¹⁵ De Rechtbank Utrecht heeft bij een ernstig ongeval aangenomen dat een beroep op deze wettelijke exoneratie in strijd was met redelijkheid en billijkheid en de schadevergoeding tot een hoger bedrag toegewezen. Het Hof Amsterdam heeft dat vonnis in hoger beroep bekrachtigd.¹¹⁶ Artikel 8:111 BW bepaalt dan nog dat de vervoerder zich niet op enige beperking van zijn aansprakelijkheid kan beroepen voorzover er sprake is van opzet of roekeloosheid met de wetenschap dat de schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien. Van artikel 8:105 en 8:106 kan niet worden afgeweken, aldus artikel 8:112 BW. Dat betekent dat eventuele algemene voorwaarden voor deze aansprakelijkheden niet zo relevant zijn, omdat ze toch niet mogen afwijken.

De treinreiziger zou er ook voor kunnen kiezen niet de vervoerder, maar de beheerder van de infrastructuur ProRail (buitencontractueel) aan te spreken.

door de reiziger. In het beleidsstuk dat vervolgens door het ministerie is opgemaakt wordt er op gewezen dat vertragingschade misschien toch voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen, maar dan alleen op trein, metro en tram, omdat die eigen infrastructuur hebben en daardoor meer invloed op vertragingen. De bus kan in een file terecht komen en daar is weinig aan te doen. Tot nu toe is men nog niet overgegaan tot het schrappen van art. 8:108 BW. Voor internationaal spoorwegvervoer is wel een regeling voor vertragingschade: Art. 32 CIV regelt schadevergoeding voor het geval de reis niet op dezelfde dag kan worden voortgezet, of voortzetting hiervan in redelijkheid niet kan worden verlangd. De schadevergoeding omvat de redelijke kosten voor overnachting en voor het waarschuwen van personen die de reiziger verwachten.

114 Lankhorst, T&C art. 8:105.

115 Besluit van 15 maart 1991, ter uitvoering van artikel 110 van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 2001, 415.

116 Rb. Utrecht 18 december 2002, m.nt. J.G.J. Rinkers, *TvC* 2003, p. 58; Hof Amsterdam 12 augustus 2004, LJN: AR2333, <www.rechtspraak.nl>.

De beperking van de schade zoals geregeld in artikel 8:110 BW geldt dan niet, omdat deze gelden voor de regeling van de vervoersovereenkomst.¹¹⁷ Het probleem daarbij is wel dat de reiziger de aansprakelijkheid van ProRail moet aantonen. Dat kan lastig te bewijzen zijn, omdat de reiziger meestal geen inzicht zal hebben in bijvoorbeeld de oorzaken van een ongeval. De feitelijke gang van zaken zal eerst moeten worden vastgesteld, bijvoorbeeld door een inspectie. Jegens de vervoerder is dat eenvoudiger, omdat die de plicht heeft de reiziger veilig te vervoeren op grond van de vervoersovereenkomst.

Het feit dat sprake is van contractdwang, maakt niet dat de vervoerder zich maar beperkt op overmacht kan beroepen. Integendeel, juist voor vertragingschade is hij niet aansprakelijk. De mate waarin de beheerder van de infrastructuur aansprakelijk is, is (nog) niet heel duidelijk.

3.2.4 Overmacht TPG Post

De Algemene voorwaarden opgedragen postvervoer bepalen dat TPG Post ernaar streeft om de postzendingen binnen een als redelijk beschouwde termijn ongeschonden op het juiste adres af te leveren. TPG Post geeft daarover echter geen garantie.¹¹⁸ De overeenkomst tussen de afzender en TPG Post geeft aan de geadresseerde geen eigen recht op aflevering.¹¹⁹ Dit is in lijn met het Barp¹²⁰ waarin staat dat postbezorging zes maal per week moet plaatsvinden, maar dat geen verplichting bevat om hierover een garantie voor individuele brieven af te geven.

De algemene voorwaarden bevatten ook een aansprakelijkheidsbeperking voor post die aangetekend wordt verstuurd.¹²¹ TPG Post is tegenover de afzender in de gevallen omschreven in de artikelen 16 en 24 van de algemene voorwaarden aansprakelijk voor schade die voortvloeit uit het postvervoer van aangetekende postzendingen – al dan niet met verzekerd vervoer of waardeaangifte –, en postzendingen die als Worldpack Special pakketten naar het buitenland zijn verzonden. De aansprakelijkheid kent maximumbedragen.¹²²

Voor schade ontstaan bij het opgedragen postvervoer van andere dan aangetekende postzendingen of pakketten die als Worldpack Special pakketten zijn verzonden, is TPG Post niet aansprakelijk, tenzij en voorzover de schade

117 Hagdom 2003, p. 154. Overigens betekent dit niet dat ook de vervoerder buitencontractueel kan worden aangesproken en daarmee de contractuele beperkingen kunnen worden omzeild. Art. 8:116 jo 8: 361 t/m 366 BW brengen met zich mee dat een dergelijke 'parallel-sprong' geblokkeerd is.

118 Art. 4.3 algemene voorwaarden.

119 Art. 4.2 algemene voorwaarden.

120 Besluit algemene richtlijnen post. Besluit van 6 juni 2000, *Stcrt.* 2000, nr. 110.

121 Art. 8 en art. 16.

122 Art. 16. Variërend van €46,- voor een gewone aangetekende brief tot €5.400,- voor verzekerde verzendingen.

is ontstaan uit zijn eigen handelen of nalaten, geschied hetzij met het opzet die schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien.

Dit is dus een exoneratieclausule en de vraag rijst of deze bepaling in een overeenkomst met consumenten vernietigbaar is, omdat zij vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn op grond van artikel 6:233 sub a jo 6:237 sub f BW. Het antwoord daarop is nee. De Postwet bepaalt hierover namelijk in artikel 7:

1. De houder van de concessie is voor schade als gevolg van verlies, beschadiging of vertraagde aflevering van postzendingen in het kader van het postvervoer, bedoeld in artikel 2, eerste lid, binnen Nederland slechts aansprakelijk indien door de afzender gebruik wordt gemaakt van een wijze van postvervoer waarbij de postzending volgens daartoe in de algemene voorwaarden te stellen regels wordt geregistreerd.
2. De aansprakelijkheid bedoeld in het vorige lid bestaat niet indien de schade uitsluitend het gevolg is van één of meer van de volgende omstandigheden:
 - a. de aard of een gebrek van het vervoerde zelf;
 - b. onvoldoende verpakking van het vervoerde door een ander dan de houder van de concessie of diens ondergeschikten;
 - c. een oorzaak die aan de afzender kan worden toegerekend;
 - d. een oorlogshandeling of een gewapend conflict;
 - e. aanhouding op last van daartoe bevoegd gezag.(...)
4. Bij algemene maatregel van bestuur worden bedragen vastgesteld waarboven de aansprakelijkheid bedoeld in het eerste lid zich niet uitstrekt, waarbij de hoogte van de afzonderlijke bedragen kan worden bepaald naar gelang van onder meer de soorten van registratie alsmede naar gelang van de aard en de waarde van de postzending.
5. De houder van de concessie kan zich niet beroepen op een uit de voorgaande leden van dit artikel voortvloeiende uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voorzover de schade is ontstaan uit zijn eigen handelen of nalaten, geschied hetzij met het opzet die schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien.
6. Ter zake van het postvervoer, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van of naar gebieden buiten Nederland is de houder van de concessie slechts aansprakelijk overeenkomstig de bepalingen van de akten van de Wereldpostunie dan wel andere voor Nederland bindende verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

De algemene maatregel van bestuur waarover in lid 4 wordt gesproken, is het Postbesluit (hetgeen iets anders is dan het Barp), en daarin staan de bedra-

gen van € 45,- tot € 5445,- genoemd.¹²³ De algemene voorwaarden zijn hiermee dus in overeenstemming. Dit betekent dat er geen sprake is van een beperking van de wettelijke aansprakelijkheid.

De reden voor de wettelijke exoneratie is dat om het verzenden van gewone pakketpost betaalbaar te houden, degene die groot risico loopt zich daarvoor zelf dient te verzekeren.

Net als bij het openbaar vervoer bestaat hier geen beperking van de mogelijkheid om zich op overmacht te beroepen: integendeel, vanwege het massale karakter van de contracten die worden afgesloten zijn wettelijke exoneraties opgenomen.

3.2.5 Overmacht KPN bij vaste telefonie

In de Telecommunicatiewet (Tw) staat dat de aanbieder van telecommunicatiediensten bij het sluiten van een overeenkomst de voorwaarden, waaronder een regeling voor schadevergoeding, moet overhandigen aan de klant.¹²⁴ De Tw stelt verder niets over aansprakelijkheid voor storingen e.d. Dit is dus aan de overeenkomst tussen de aanbieder en de klant overgelaten.

Artikel 2 algemene voorwaarden voor de vaste telefoondienst bepaalt dat KPN zich inspant om de dienstverlening zo ongestoord mogelijk te laten verlopen, maar dat het technisch onmogelijk is om elke storing of beperking van de dienstverlening te voorkomen.

KPN is uitsluitend aansprakelijk voor schade die door een haar toerekenbare tekortkoming is ontstaan in een beperkt aantal gevallen en met limitering van de bedragen, genoemd in artikel 12 van de algemene voorwaarden. Het gaat om schade als gevolg van dood of lichamelijk letsel, schade vanwege schending van het telegraafgeheim, af luisteren of aftappen van telecommunicatie en medeplichtigheid daarbij, schade als gevolg van beschadiging van zaken van de contractant bij werkzaamheden, schade vanwege het niet of onjuist vermelden van gegevens in telefoongidsen, schade als gevolg van het door KPN buiten gebruik stellen van een aansluiting, zonder dat daarvoor een grond bestond, en schade als gevolg van administratieve fouten.

Daarbuiten aanvaardt KPN geen aansprakelijkheid, en met name zijn tekortkomingen van andere aanbieders van telecommunicatienetwerken en telecommunicatiediensten waarmee het telecommunicatienetwerk van KPN is verbonden, niet aan KPN toerekenbaar. KPN kan zich niet beroepen op de exoneratieclausule indien de schade met opzet, of roekeloos en met de wetenschap dat die schade daaruit zou ontstaan, door KPN is veroorzaakt.¹²⁵

123 Art. 7 Postbesluit. Besluit van 28 april 2000, houdende regels betreffende de postale dienstverlening, *Stb.* 2000, 200. In het Staatsblad staan nog de oorspronkelijke bedragen van resp. f 100,- en f 12.000,-, inmiddels dus aangepast.

124 Art. 7.1 Tw, *Stb.* 2004, 189.

125 Art. 12 Algemene voorwaarden KPN vaste telefonie.

Deze voorwaarden lijken een grote exoneration met zich mee te brengen, doordat er staat dat KPN uitsluitend aansprakelijk is voor de schade in een beperkt aantal gevallen. Bij nader inzien is dat denk ik schijn, omdat voor belangrijke schadeposten wel aansprakelijkheid wordt aanvaard. De enige schadepost die niet genoemd is en waarschijnlijk wel met enige regelmaat zal kunnen voorkomen, zijn storingen van de telefoonverbinding.

3.2.6 Overmacht notaris, advocaat, gerechtsdeurwaarder

Notarissen, advocaten en gerechtsdeurwaarders kunnen worden aangesproken op grond van wanprestatie indien zij hun taken niet vervullen, dusdanig dat van een toerekenbare tekortkoming kan worden gesproken.

De notaris kan zich, in de overeenkomst met de opdrachtgever, exonereren. Jegens consumenten wordt echter vermoed dat dit onredelijk bezwarend is, als de notaris een dergelijk beding gebruikt en deze als algemene voorwaarde kan worden beschouwd (art. 6:237 sub f jo 6:233 sub a BW). De Staatssecretaris heeft bij de behandeling van de Wet op het notarisambt wel opgemerkt dat vrijtekening voor wettelijk opgedragen werkzaamheden snel als onredelijk bezwarend zal worden beschouwd, vanwege de afhankelijkheid van de cliënt juist bij deze werkzaamheden.¹²⁶ Volgens Boks is het niet handig om een onderscheid tussen wettelijke en niet-wettelijke werkzaamheden te maken.¹²⁷ Mij lijkt ook dat de toetsing niet loopt langs de lijn wettelijk/niet-wettelijk. Indien een exonerationclausule wordt gebruikt in algemene voorwaarden jegens de consument, dan geldt artikel 6:237 sub f BW onafhankelijk van om welke werkzaamheden het gaat. Indien het niet gaat om een consument als wederpartij, kan worden getoetst aan artikel 6:233 sub a en/of artikel 6:248 lid 2 BW. Mocht het niet om een algemene voorwaarde gaan, dan resteert toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW.

Bij die toetsing, zowel aan artikel 6:233 sub a, als aan artikel 6:248 lid 2 BW speelt een aantal factoren mee, zoals de uiteenlopende deskundigheid van partijen, de aard en omvang van de schade en de mate van schuld.¹²⁸ Via de weging van die omstandigheden kan wel indirect een onderscheid tussen wettelijke en niet-wettelijke werkzaamheden aan de orde komen, daar de afhankelijkheid bij de wettelijke werkzaamheden groter is. Anderzijds hangen de niet-wettelijke werkzaamheden altijd samen met wettelijke werkzaamheden: de notaris adviseert (niet-wettelijk) of begeleidt een traject, dat uiteindelijk uitmondt in het verlijden van een akte (wettelijk). Het geheel van deze contractuele verhouding zal uitmaken of een exonerationclausule jegens een niet-consument toelaatbaar is.

¹²⁶ Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 1995/96, 23 706 nr. 6, p. 43-44.

¹²⁷ Boks 2002, p. 29.

¹²⁸ Factoren voornamelijk afkomstig uit HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (Saladin/HBU).

Voor de advocaat en de gerechtsdeurwaarder zal *mutatis mutandis* hetzelfde gelden als voor de notaris. Bij de gerechtsdeurwaarder rijst wellicht nog meer dan bij de notaris de vraag of hij zich ook kan exonereren voor wettelijke, ambtelijke werkzaamheden. Ik denk ook daar dat dit op zichzelf wel kan (er is geen verbod om in de overeenkomst van opdracht een exoneratie op te nemen), maar dat er betrekkelijk snel sprake zal zijn van onredelijk bezwarendheid.

Notarissen zijn overigens verplicht verzekerd tegen aansprakelijkheid op grond van de Verordening beroeps- en gedragsregels van de KNB,¹²⁹ en ingevolge de Verordening op de Beroepsaansprakelijkheidsverzekering is ook iedere advocaat verplicht er voor te zorgen dat het risico van zijn beroepsaansprakelijkheid door verzekering is gedekt.

De mogelijkheid om zich op overmacht te beroepen is voor de juridische beroepsbeoefenaren beperkt. Zij hebben de kennis en kunde om hun taken uit te oefenen en indien er iets mis gaat, zal een beroep op overmacht niet snel worden aanvaard. Dit blijkt ook al uit het feit dat enige terughoudendheid wordt bepleit bij het zich beroepen op eventuele exoneratieclausules die in de overeenkomst van opdracht worden opgenomen.

3.2.7 *Overmacht arts*

Staking door artsen of verplegend personeel kan leiden tot het (tijdelijk) niet uitvoeren van een bepaalde behandeling. Staking vormt dus een niet-nakoming van de overeenkomst van de zijde van de arts.¹³⁰ Dit valt echter niet te beschouwen als overmacht. Uit de in hoofdstuk 5 weergegeven jurisprudentie blijkt dat medisch personeel mag staken, maar dat rechters als strikt uitgangspunt hanteren dat de medische zorg gewaarborgd moet blijven. Dat impliceert ook dat een staking nooit aan aansprakelijkheid wegens een tekortkoming in de nakoming van de behandelingsovereenkomst in de weg kan staan.

Overmacht van de arts (of het ziekenhuis) kan bestaan als de grenzen van de behandelcapaciteit zijn bereikt. Daarmee wordt bedoeld dat er geen 'bedden' zijn, of er geen personeel is om de ingreep uit te voeren. Het bereiken van het budgettaire plafond is geen overmacht, als feitelijk de ingreep wel nog uitgevoerd kan worden, maar dit wegens budgetoverschrijdingen niet 'mag'.¹³¹

Een arts kan geen exoneratieclausule opnemen, aldus het dwingendrechtelijke artikel 7:463 BW. De reden daarvoor is dat de belangen van het leven en gezondheid die bij geneeskundige handelingen betrokken zijn en de overwichtspositie van de arts van dien aard zijn dat een exoneratie eigenlijk steeds

129 Art. 57 lid 2 van de verordening.

130 Er is geen sprake van opschorting, waar wellicht nog aan gedacht zou kunnen worden, want daarvoor is een tekortkoming van de patiënt vereist.

131 Sijmons 1995, p. 339.

onaanvaardbaar is. Daar komt bij dat de mate van schuld (verwijtbaarheid) vaak groot zal zijn.¹³²

Bij de arts is een beroep op overmacht duidelijk beperkt: een exoneration mag niet worden opgenomen in de behandelingsovereenkomst en ook voor het overige is een beroep op overmacht niet snel mogelijk. Dit heeft te maken met het belang van goede en tijdige behandeling, reden waarom ook een hulpverleningsplicht bestaat.

3.2.8 Overmacht verzekeraar

Overmacht bij een tekortkoming in de verzekeringsovereenkomst laat zich slecht denken. De meest voor de hand liggende tekortkoming van de verzekeraar is dat hij niet uitkeert terwijl hij daar op grond van de polisvoorwaarden wel toe gehouden is. In dat geval lijkt een beroep op overmacht mij in beginsel uitgesloten.

Specifiek voor de ziektekostenverzekering is dat een tekortkoming van de verzekeraar zou kunnen bestaan uit het niet beschikbaar zijn van voldoende zorg. Dan belandt men bij de problematiek van de wachtlijsten en de vraag wat de rol van de verzekeraars daarin is. Het op een wachtlijst staan kan niet als tekortkoming in de nakoming van de verzekeringsovereenkomst worden beschouwd.¹³³ Bij de ziekenfondsen zou nog de vraag aan de orde kunnen komen of het ziekenfonds met voldoende hulpverleners heeft gecontracteerd, dus voldoende zorg heeft ingekocht. Aangezien het gaat om een verzekering in natura moeten de ziekenfondsen zorgen voor genoeg aanbod van zorg, want de ingeschrevene kan in beginsel alleen maar bij de gecontracteerde hulpverleners terecht.¹³⁴ De relatie tussen ziekenfondsen en verzekerde is echter geen contractuele en dus komt overmacht niet aan de orde. Voor de particuliere verzekeraar geldt niet dat deze voor voldoende zorg verantwoordelijk is: deze contracteert niet met de hulpverleners, maar keert alleen uit aan de verzekerde zelf. Overigens kan ook het ziekenfonds weinig doen aan bijvoorbeeld het huisartsentekort. Dat is een taak die alleen de overheid kan uitoefenen, zolang zij bijvoorbeeld gaat over het aantal opleidingsplaatsen.

In het voorgestelde nieuwe stelsel verdwijnt het onderscheid tussen ziekenfondsen en particuliere verzekeringen. Er komt dan één basisverzekering, uitgevoerd door particuliere verzekeraars. De verzekeraars dienen dan de zorg in te kopen, maar hoe dat precies in zijn werk zal gaan is niet geheel duidelijk. De bedoeling lijkt te zijn dat de verzekeraars een grotere regiefunctie gaan bekleden, maar of dat ook betekent dat een verzekerde zijn verzekeraar kan

¹³² *Kamerstukken II* 1989/90, 21 561, nr. 3, p. 45-46.

¹³³ Volgens Gevers is wachten in de praktijk niet alleen onvermijdelijk, maar kan het ook acceptabel zijn, en is dat ook in de rechtspraak aanvaard. Gevers 2003, p. 441-442.

¹³⁴ Gevers 2003, p. 440-442.

aanspreken indien de capaciteit in de gezondheidszorg onvoldoende is, is onduidelijk.¹³⁵

4 CONCLUSIE

Er bestaan beperkingen in de mogelijkheid om acties als opschorting, ontbinding en opzegging in te zetten bij overeenkomsten waarbij contractdwang voorkomt. Dit heeft echter niet zozeer met het bestaan van contractdwang aan sich te maken, maar met de reden waarom de contractdwang is opgelegd. De aard van de overeenkomst, de afhankelijkheid van de wederpartij en de machtige positie van de partij die over wil gaan tot uitoefening van zijn contractuele bevoegdheden, maakt dat er soms meer terughoudendheid moet worden betracht dan in andere overeenkomsten of met andere partijen. Die terughoudendheid komt overigens niet voort uit de redenering dat opzegging niet geoorloofd zou zijn omdat de bestaande contractdwang daarmee illusoir zou worden gemaakt, althans dit wordt niet als reden aangevoerd. Dat wil echter niet zeggen dat contractdwang daadwerkelijk tandeloos gemaakt kan worden: bovengenoemde factoren als de aard van de overeenkomst en de hoedanigheid van de partijen maken dat meestal in een geval waarbij contractdwang aan de orde is toch niet mag worden opgezegd.

De mogelijkheid om op te schorten, te ontbinden of op te zeggen is met name in de energieleveringsovereenkomst, in de verzekeringsovereenkomst, in de geneeskundige behandelingsovereenkomst en in de overeenkomst van opdracht met juridische beroepsbeoefenaren beperkt. Hierbij is in de advocatuur uitdrukkelijk uitgemaakt dat een toegevoegd advocaat minder vrijheid heeft om de overeenkomst op te zeggen dan een niet-toegevoegde advocaat en voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst geldt dat een arts in een noodsituatie geen opschortings-, ontbindings- of opzeggingsbevoegdheid heeft. Ook de mogelijkheid van een beroep op overmacht door de arts, het ziekenhuis of de juridische beroepsbeoefenaren is beperkt.

Bij het openbaar vervoer, de postbezorging en de vaste telefonie bestaan geen bijzondere beperkingen om de verschillende acties in te kunnen stellen. Sterker nog, er zijn ruime mogelijkheden om met name de aansprakelijkheid van de dienstverlener te beperken.

Reden voor dit verschil is dat in de gevallen waarin opschortings-, ontbindings-, of opzeggingsbevoegdheden zijn beperkt, de prestatie waarop het contract recht geeft als zodanig onmisbaar is. Het gaat niet primair om financiële schade die kan ontstaan als de prestatie niet wordt verricht en daarom kan het uitblijven van de prestatie ook niet bijvoorbeeld door een verzekering worden ondervangen. Het meest duidelijk is dat te illustreren bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst: er is geen alternatief voor behandeling door

135 Wetsvoorstel 29 763.

de arts. Bij het openbaar vervoer bijvoorbeeld ligt dat anders: men kan de volgende bus nemen, nadat men alsnog een kaartje heeft gekocht. En bij de post kan men zich verzekeren tegen het zoek raken van waardevolle zaken, of een poststuk aangetekend verzenden indien het belang van de ontvangst bijzonder groot is.

De energievoorziening vertoont dubbele trekken: de mogelijkheid tot opschorting, ontbinding en opzegging van de overeenkomst is zowel voor de netbeheerder als voor de leverancier beperkt. De aansprakelijkheid voor stroomonderbrekingen kan echter wel degelijk beperkt worden, niet meer of niet minder dan bij andersoortige diensten of producten. Ik vind dat vreemd, omdat men zich weliswaar voor de schade die ontstaat door stroomonderbrekingen kan verzekeren, maar men wel een bepaalde periode verstoken is van energie. De financiële schade die hierdoor kan ontstaan, hoeft niet het enige probleem te zijn. Het ontbreken van licht of warmte als zodanig levert overlast op, ook zonder dat er verdere schade door ontstaat. De ruime exoneratiemogelijkheden zijn mijns inziens alleen te verklaren doordat stroomonderbrekingen in Nederland over het algemeen van korte duur zijn, zodat het inderdaad gaat om de gevolgschade en niet om het verstoken zijn van energie als zodanig. Voorts probeert men op andere wijzen dan via het aansprakelijkheidsrecht de beheerders en leveranciers te prikkelen tot een grote(re) betrouwbaarheid.

Een deel van de overeenkomsten die hier zijn behandeld hebben een aparte regeling gevonden in boek 7, met daarbij ook beperkingen in bijvoorbeeld de opzeggingsbevoegdheid. Er zijn bijzondere beschermingsbepalingen opgenomen, naast de ook bestaande contractdwang. De geneeskundige behandelingsovereenkomst, de overeenkomst van opdracht en de verzekeringsovereenkomst zijn daar voorbeelden van. Zoals is gebleken zijn er echter meer overeenkomsten met machtsonevenwicht dan die nu in boek 7 staan. De energieleveringsovereenkomst vormt een aansprekend voorbeeld. Beperkingen van bijvoorbeeld opschortings- en opzeggingsbevoegdheden worden daarbij door de rechtspraak opgelegd, of in sectorspecifieke wetgeving opgenomen, of door middel van zelfregulering bewerkstelligd. In plaats daarvan had men ook de betreffende overeenkomsten in boek 7 op kunnen nemen.¹³⁶ De indruk bestaat dat beschermingsmaatregelen op willekeurige wijze worden geregeld in sectorspecifieke wetgeving, in het burgerlijk wetboek, of worden overgelaten aan rechtspraak of zelfregulering. Hoewel de noodzaak van bescherming van de zwakke partij bij dit type contracten wel wordt gezien, is de wijze waarop in die bescherming wordt voorzien door de wetgever vrij willekeurig.

136 Van Boom 2003, p. 304.

10 | Remedies tegen contractweigering

1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is beschreven welke verschijningsvormen contractdwang kan hebben en wat de achtergronden van contractdwang zijn. Eén belangrijk aspect is echter slechts zijdelings aan de orde gekomen: de effectuering van contractdwang. Hoe kan de aanspraak op contractsluiting in rechte geldend worden gemaakt? Men zou ook kunnen zeggen: wat zijn de remedies tegen contractweigering?

De hoofdmoot van het hoofdstuk wordt gevormd door de behandeling van effectuering van contractdwang in het civiele recht. Daarna komt ook effectuering elders, zoals bijvoorbeeld in het tuchtrecht aan bod. Drie vragen komen aan de orde. In de eerste plaats wordt de vraag gesteld wat de grondslag is van de vordering die in geval van contractweigering wordt ingesteld. Is deze vordering gebaseerd op een wetsbepaling, of op onrechtmatige daad of wellicht op wanprestatie? Ten tweede wordt aandacht besteed aan de vraag wat er gevorderd wordt: een verbod of gebod of schadevergoeding? Ten derde wordt besproken in hoeverre het forum en de inrichting van de rechtsgang invloed hebben op het kunnen effectueren van contractdwang.

2 GRONDSLAG VAN DE VORDERING IN HET CIVIELE RECHT

2.1 Inleiding

Indien een burger of een onderneming wordt geconfronteerd met een weigering om met hem of haar te contracteren, dan zijn er remedies om die weigering aan te vechten. Wil een actie succesvol zijn, dan zal moeten worden aangetoond dat de weigering onterecht was.

Een weigering kan om verschillende redenen onterecht zijn, zoals in het voorgaande al is gebleken. Er kunnen dan ook verschillende vorderingen aan een actie ten grondslag worden gelegd.

2.2 Bijzondere wetsbepalingen

Effectuering van contractdwang is relatief eenvoudig, indien er een wet is waarin onomwonden een contracteerplicht met de bijbehorende voorwaarden staat vermeld. Voldoet de desbetreffende onderneming of persoon niet aan deze verplichting, dan is een vordering op grond van deze wetsbepaling aangewezen.

Daarnaast zijn er wettelijke bepalingen waarin geen contracteerplicht staat opgenomen, maar die wel als grondslag dienen voor een vordering tot contractsluiting. Een voorbeeld daarvan is artikel 82 EG-Verdrag. Zoals reeds aangegeven voorziet het mededingingsrecht ook in civielrechtelijke handhaving: dat wil zeggen dat artikel 82 EG-Verdrag en de bepalingen uit de Mededingingswet (Mw) voor de burgerlijke rechter kunnen worden ingeroepen.¹

Een aparte vermelding verdienen de grondrechten. Dat artikel 1 Gw en de daarop gebaseerde AWGB als grondslag voor indirecte contractdwang kunnen dienen is aan de orde gekomen bij de bespreking van discriminatie bij het afsluiten van verzekeringen, de verhuur van woonruimte en de toegang tot openbare gelegenheden. Ook is duidelijk geworden dat op artikel 22 Gw geen directe aanspraak op een contract met een ziekenhuis of een arts kan worden gebaseerd, maar dat de hulpverleningsplicht van de arts wel uit dit grondrecht voortvloeit. Nog niet aan de orde is geweest artikel 7 Gw, de vrijheid van meningsuiting. Ook deze bepaling kan leiden tot het opleggen van contractdwang.

Een bekend voorbeeld is de zaak Rasti Rostelli.² De gemeente Rijssen wilde het theatergebouw niet verhuren voor de hypnoseshow van Rasti Rostelli, omdat deze niet zou passen binnen de gebruiksvoorwaarden van het theater. Uit het oordeel van de president in kort geding valt af te leiden dat het erom gaat dat Rijssen een orthodox protestants-christelijke gemeenschap is en dat men daar een hypnose show niet op zijn plaats acht. Het hof is van mening dat sprake is van 'een verbod van vertoning vanwege de inhoud van de show' door te weigeren de zaal te verhuren, hetgeen in strijd is met artikel 7 lid 3 Gw, en de Hoge Raad laat dat oordeel in stand.

De gemeente had nog een beroep op haar contractvrijheid gedaan, daar zij bij de verhuur van de zaal privaatrechtelijk optrad. Dit beroep wordt afgewezen omdat de gemeente als overheidsinstantie te allen tijde gehouden is het algemeen belang te behartigen en dit meebrengt dat de overheid bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen en de grondrechten van haar

1 Zie ook de MvT bij de Mededingingswet, die dit uitdrukkelijk aangeeft. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 41-42.

2 HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728.

burgers moet respecteren. Het beroep op de contractvrijheid gaat dus in dit geval niet op tegenover een schending van artikel 7 lid 3 Gw.

Uitdrukkelijk speelt hier een rol dat het ging om de overheid die contracteerde. De bescherming van het grondrecht vrijheid van meningsuiting is met name nodig en ook direct werkend in de verhouding overheid-burger.

In andere zaken die over het weigeren van zalen ten behoeve van de Rasti Rostelli show gingen, is aangenomen dat weigering om de zaal te verhuren wel degelijk geoorloofd was op grond van de contractvrijheid.³ In deze zaken werd namelijk niet aannemelijk dat de zaal geweigerd was vanwege de inhoud van de voorstelling. Artikel 7 lid 3 Gw kwam dan ook niet zo uitdrukkelijk naar voren, wel werden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de afweging betrokken. De gemeenten hadden weliswaar de verhuur van de schouwburg en de programmering in een stichting ondergebracht, met een directeur die onafhankelijk van het gemeentebestuur over het programma besliste, maar dat nam niet weg dat de zalen door de gemeente werden gefinancierd. Mede om die reden dient de directeur zich volgens de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te gedragen. Indien was komen vast te staan dat de inhoud van de voorstelling de reden was om de zaal niet te verhuren, dan was dit een schending van artikel 7 lid 3 Gw geweest. Het feit dat het niet de gemeente was die direct contracteerde, maar een stichting met een onafhankelijke directie, had dat niet anders gemaakt.

Meer in het algemeen wordt aangenomen dat de overheid die privaatrechtelijk handelt minder contractvrijheid heeft dan een individuele burger of een privaatrechtelijk rechtspersoon.⁴ Contractdwang kan dus ook eerder op een overheidsorgaan worden gelegd.

2.3 Onrechtmatige daad

In de tweede plaats ligt een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad voor de hand. Een vordering uit onrechtmatige daad kan een goede remedie zijn tegen contractweigering. De onrechtmatigheid kan, zoals in de vorige hoofdstukken bleek, op allerlei gedragingen betrekking hebben. Zo kan de contractweigering zijn oorsprong vinden in discriminatie. Tevens kan sprake zijn van misbruik van machtspositie, waarbij dan zowel gesteld kan worden dat dit in strijd is met een wettelijke plicht (art. 82 EG-Verdrag of 24 Mw), als dat dit in strijd is met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Indien sprake is van een contracteerplicht die met zoveel woorden in een specifieke wettelijke

3 Pres. Rb. Middelburg 20 november 1995, KG 1995, 438; Pres. Rb. Alkmaar 1 oktober 1998, KG 1998, 326; Hof Amsterdam 20 juli 2000, KG 2000, 154.

4 A-G. Koopmans in punt 5 van zijn conclusie bij het Rasti Rostelli arrest, HR 26 april 1996, NJ 1996, 728.

bepaling is opgenomen, kan eveneens een vordering op grond van onrechtmatige daad worden ingesteld wegens strijd met een wettelijke plicht.

Hieronder passeert als voorbeeld een aantal gevallen van contractdwang de revue die in de praktijk werden geëffectueerd door een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen.

Met succes werd geageerd tegen een energiebedrijf dat een dusdanig hoge waarborgsom vroeg, dat dit feitelijk op leveringsweigering neerkwam, en daarmee, nu het om een nieuwe aansluiting ging, om contractweigering. Grondslag van de vordering was zowel de Elektriciteitswet als artikel 6:162 BW.⁵

Een mededingingsrechtelijke zaak, die niettemin volledig op grond van artikel 6:162 BW is afgedaan vormt de uitspraak in kort geding uit 1991 over California soep.⁶ Koop-Consult is de inkooporganisatie van de samenwerkende Dirk van den Broek bedrijven (supermarkten). California verkoopt sinds jaren aan Koop-Consult haar producten, waaronder California droge soep. California heeft een marktaandeel van 6 à 7% in het marktsegment van de droge soep in Nederland. California wil dat haar soepen worden verkocht tegen een minimumprijs van f 0,39. De genoemde supermarkten verkopen deze soepen echter voor f 0,35. Om die reden weigert California levering van de soepen aan Koop-Consult.

Koop-Consult vordert in kort geding dat California wordt veroordeeld de soepen te leveren. De president overweegt:

‘Uitgangspunt is dat er in een relatie als de onderhavige tussen partijen contractsvrijheid bestaat, zodat het in beginsel aan California vrijstaat geen produkten aan Koop-Consult te leveren, tenzij de redelijkheid zich daartegen verzet.’

De president weegt vervolgens de belangen af. Het belang van California is dat uit marktonderzoek is gebleken dat bij een optimaal marketingbeleid de soep f 0,39 moet kosten. Een lagere prijs geeft een sterke daling in de afzet te zien omdat de consument dan geen vertrouwen meer heeft in het product en het bovendien voor kleine winkeliers wegens onvoldoende winstmarge niet meer interessant is. Ook heeft California voldoende aannemelijk gemaakt dat een lagere prijs voor de soep bij één van de supermarkten gevolgd zal worden door prijsverlagingen bij andere supermarkten. Deze belangen prevaleren volgens de president boven de belangen van onder meer Dirk van den Broek om bekend te staan als de goedkoopste supermarkt. Dit te meer omdat het welslagen van de marketingcampagne essentieel is voor het voortbestaan van California. Het imago van Dirk van den Broek als goedkoopste supermarkt zal naar de verwachting van de president geen schade oplopen door de prijs

5 Hof 's-Hertogenbosch 7 mei 1990, NJ/AB 1991, 369.

6 Pres. Rb. Amsterdam 14 november 1991, KG 1991, 410.

van f 0,39 te hanteren. Er is dus geen sprake van een onrechtmatige weigering door California.

Hoewel de vordering hier niet slaagt, kan een beroep op de onzorgvuldigheid van de weigering in een voorkomend geval een betere weg zijn dan in een civiele procedure een beroep te doen op het mededingingsrecht. Het grote verschil tussen de onderstaande uitspraak en een actie op basis van het mededingingsrecht is dat in dat laatste geval veel meer moet worden aangetoond. Er dient sprake te zijn van een machtspositie, de markt moet worden afgebakend, en dan moet misbruik worden aangetoond. Gebleken is dat dat in een civiele procedure en dan met name in een kort geding, geen sinecure is. Het is voor de president in kort geding niet goed mogelijk achter de feiten te komen die nodig zijn om vast te stellen wat precies de relevante markt is, of er sprake is van een machtspositie en of daar misbruik van is gemaakt. Dit blijkt ook uit de uitspraken over leveringsweigering.⁷

2.4 Nakoming en niet-nakoming

Eventueel kan ook een vordering tot nakoming van de overeenkomst danwel een vordering op basis van wanprestatie worden ingesteld als remedie tegen contractweigering. Dat klinkt paradoxaal en dat is het ook. De situatie die zich in dergelijke gevallen voordoet is, dat er een overeenkomst bestaat, maar dat dit door degene die contractdwang ondervindt niet wordt erkend. De rechter legt dan niet een contracteerplicht op, maar constateert dat er een contract is.

Dit doet zich voor bij aanbieders die een openbaar aanbod doen. Er is sprake van een openbaar aanbod, en aanvaarding doet de overeenkomst tot stand komen. Indien de aanbieder vervolgens weigert te presteren, dan kan nakoming worden gevorderd, danwel geageerd worden op grond van wanprestatie. Bij de spoorwegen, die een openbaar aanbod doen, kan een vervoersweigering dus wanprestatie opleveren. Wel zal moeten worden vastgesteld of het openbaar aanbod zich ook tot deze vrager richtte. In voorgaande hoofdstukken is al aangegeven dat een aanbod, ook al is het openbaar en derhalve tot het publiek gericht, desalniettemin niet voor eenieder bestemd hoeft te zijn. Vaak zal een weigering te presteren samenvallen met het argument dat het aanbod om te beginnen al niet tot de betreffende persoon was gericht.⁸

In het geval dat er sprake is van (rassen)discriminatie, kan iemand zijn recht op toegang tot bijvoorbeeld een horecagelegenheid effectueren door hetzij een vordering op basis van een wetsbepaling in te stellen (bijvoorbeeld op grond van artikel 7 AWGB), of, en dat is meestal het geval, een vordering

7 Zie voor een overzicht van uitspraken o.a.: Leeftang 2000, met name p. 133-145, alsmede Knibbeler & Schillemans 2001, p. 169-181 en ook Verloren van Themaat 1996.

8 Zie ook hfdst. 8, par. 3.

instellen die (tevens) op onrechtmatige daad is gebaseerd. De vordering zou echter ook gebaseerd kunnen worden op wanprestatie. Immers, de horecagelegenheid doet een openbaar aanbod, dat de persoon die toegang wil, aanvaardt. Daarmee is er een overeenkomst tot stand gekomen en is de weigering om toegang te verlenen als wanprestatie te kwalificeren.

Hoewel menigene de toegang tot een café of andere openbare gelegenheid niet direct met een contractsluiting zal associëren, wordt in de rechtspraak wanprestatie wel als grondslag voor vordering tot toegang gebruikt, met subsidiair een vordering op grond van onrechtmatige daad.⁹

In een kort geding over de ontzegging van de toegang door een caféhouder van een vaste gast¹⁰ werd gevorderd dat de caféhouder het aan de eiser opgelegde caféverbod ongedaan zou maken, alsmede dat de caféhouder eiser ook feitelijk de toegang niet zou beletten. De president wees de vordering af, omdat het gedrag van de caféhouder 'niet als onrechtmatig of als toerekenbaar tekortschieten jegens eiser' kon worden aangemerkt. Het toerekenbaar tekortschieten wijst op wanprestatie als grondslag. Hoewel de vordering hier werd afgewezen, geeft de uitspraak wel aan aan welke grondslagen werd getoetst: wanprestatie en/of onrechtmatige daad.

Lang niet altijd wordt echter aan beide grondslagen getoetst. Met name wanneer sprake is van rassendiscriminatie wordt de civiele vordering op onrechtmatige daad gebaseerd (eventueel met expliciete vermelding van de overtreding van artikel 429 quater Sr om de onrechtmatigheid in te vullen). Vaak wordt ook in het geheel geen civiele vordering ingesteld, maar doet men zijn beklag bij de politie. Dit kan uiteindelijk in een strafvonnis resulteren.

Bij bovenstaande gevolgtrekking dat contractdwang ook gebaseerd kan zijn op een vordering uit wanprestatie, dient te worden aangetekend dat een door de rechter uitgesproken gebod om voortaan de betreffende persoon toe te laten of te vervoeren, wel degelijk een contracteerplicht kan zijn (en dus niet de nakoming van een al bestaand contract betreft). Dat hangt ervan af of sprake is van een kortdurend contract of niet. Bij de toegang tot een horecagelegenheid is zeer waarschijnlijk sprake van een contract dat maar eenmalig gelding heeft, namelijk alleen geldt voor de toegang op dat moment. Bij het hierboven gegeven voorbeelden van de vervoersovereenkomst kan sprake zijn van een overeenkomst die geldig is voor een enkele reis. Op het moment dat de rechter een uitspraak doet, is het betreffende contract al lang uitgewerkt en gaat het om de toekomst. De uitspraak van de rechter is dan te beschouwen als contractdwang in die zin, dat de openbaar vervoerder of de uitbater, om bij deze voorbeelden te blijven, hun openbaar aanbod (ook) jegens deze klant gestand moeten doen.¹¹

9 Pres. Rb. Dordrecht 3 februari 1965, NJ 1966, 62.

10 Pres. Rb. Maastricht 3 juni 1996, KG 1996, 207.

11 Zie hfdst. 8, par. 3.3.4.3.

2.5 Redelijkheid en billijkheid

Redelijkheid en billijkheid kunnen een zelfstandige bron van verbintenissen zijn, maar het ligt niet voor de hand een vordering op redelijkheid en billijkheid te baseren indien er een specifieke wetsbepaling voorhanden is, die op zichzelf de verbintenis duidelijk omschrijft. Op grond van het nog steeds relevante arrest Quint/Te Poel kan in gevallen die niet door de wet zijn geregeld een oplossing worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen.¹² Dit betekent dat voor directe contractdwang, waar immers vrijwel altijd de wet de basis is, redelijkheid en billijkheid als bron van verbintenissen afvallen. Er is immers al een bron, namelijk de wet, die ook specifiek de betreffende verplichting omschrijft. Alleen bij indirecte contractdwang zouden derhalve redelijkheid en billijkheid een rol kunnen vervullen.

Een vordering als remedie tegen contractweigering die gebaseerd is op redelijkheid en billijkheid doet zich niet vaak voor. Het meest bekende voorbeeld van redelijkheid en billijkheid als bron van verbintenissen is het geval van het afbreken van onderhandelingen. Een vordering tot dooronderhandelen of zelfs tot contracteren, kan op de redelijkheid en billijkheid worden gegrond. In een eerder hoofdstuk is aangegeven dat er naar mijn mening echter geen sprake is van contractdwang bij een veroordeling tot dooronderhandelen wegens schending van de precontractuele norm uit Plas/Valburg, omdat het gaat om een contractsluiting waarbij het moment van wilsovereenstemming naar voren is geschoven.¹³

3 RECHTSVORDERINGEN IN CIVILIBUS

3.1 Inleiding

In deze paragraaf komen de rechtsvorderingen die kunnen worden ingesteld om een onterechte contractweigering te bestrijden aan de orde. Dit is in principe het gewone arsenaal aan vorderingen. Waar sprake is van contractdwang, is het echter de bedoeling van eiser dat er een overeenkomst tot stand komt. Er bestaat een recht op contracteren en dat kan iets heel anders zijn dan bijvoorbeeld een recht op schadevergoeding. Daarom komen eigenlijk maar twee vorderingen in aanmerking, namelijk een vordering tot nakoming, eventueel in de vorm van een vordering tot het opleggen van een gebod of verbod, en schadevergoeding in natura. Schadevergoeding in geld kan eventueel interessant zijn als een contracteerplicht niet kan worden opgelegd. In het navolgende wordt dit nader uiteengezet.

¹² HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

¹³ Zie hfdst. 8, par. 6.

3.2 Nakoming c.q. gebod of verbod

Nakoming vorderen doet denken aan de situatie dat reeds een overeenkomst bestaat, hetgeen zich in het geval van contractdwang nu juist niet voordoet. Nakoming vorderen is natuurlijk niet beperkt tot alleen nakoming van de overeenkomst. Artikel 3:296 BW heeft een grotere reikwijdte. Zo ligt het voor de hand om nakoming te vorderen in geval er een wettelijke bepaling is waarin staat dat een bepaalde prestatie verricht moet worden, waarbij in hoofdstuk 8 is aangegeven dat dit in mijn optiek meebrengt dat men moet contracteren om uitvoering te kunnen geven aan die verplichting. Bij directe contractdwang kan dus op grond van artikel 3:296 BW nakoming van de contracteerplicht worden gevraagd.

Iets ingewikkelder wordt het bij indirecte contractdwang. Daar kan, ook op grond van artikel 3:296 BW, een gebod om te leveren of een verbod om te weigeren worden gevorderd, maar daar moet dan een materiële grondslag voor zijn, waarbij de onrechtmatige daad het meest voor de hand ligt. Daarbij hoeft dan alleen te worden aangetoond dat er sprake is van een onrechtmatige daad (of dat deze dreigt) en dat aan de relativiteitseis is voldaan. Er hoeft (nog) geen schade te zijn. Toerekenbaarheid is evenmin vereist. Schade hoeft niet te worden aangetoond, voldoende is dat schade dreigt.¹⁴ Indien men geconfronteerd wordt met een onrechtmatige contractweigering, kan men derhalve vragen om een gebod om te contracteren.

Het is niet uit te sluiten dat een rechter in een bepaald geval van mening is dat een gedwongen contract geen zin heeft. Hij of zij kan denken dat er dan toch niet goed uitvoering aan het contract wordt gegeven. Het is ook mogelijk dat er nog over zoveel punten overeenstemming moet worden bereikt, dat men er niet uit zal komen. Bij 'standaard'contracten kan de rechter dus makkelijker een contracteerplicht opleggen dan indien er nog veel zaken uitonderhandeld moeten worden. Bij overeenkomsten die door de uitvoering weer teniet gaan, zal een contracteerplicht wellicht ook eerder worden opgelegd, dan bij overeenkomsten die voor langere duur worden aangegaan of die een persoonlijke prestatie vergen.

Bij directe contractdwang is er weinig ruimte voor de rechter om een contracteerplicht niet op te leggen. Bij indirecte contractdwang heeft de rechter veel meer speelruimte en kunnen ook overwegingen als bovengenoemde een rol spelen. Zo komt contractdwang bij mijn weten niet of nauwelijks voor als sanctie bij het op discriminatoire redenen weigeren iemand in dienst te nemen. Dit kan te maken hebben met het feit dat het niet als verstandig wordt ervaren om mensen door een arbeidsovereenkomst aan elkaar te binden onder dwang, vanwege de duur van zo'n contract en de soms dagelijkse omgang tussen werkgever en werknemer. Niet voor niets wordt een arbeidsovereenkomst door kantonrechters nogal eens ontbonden, omdat men al bij de rechter staat

¹⁴ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 118.

en derhalve wel duidelijk is dat de verstandhouding grondig verstoord is. En een huurovereenkomst waarbij verhuurder en huurder in één huis wonen, kan makkelijker worden opgezegd dan de huurovereenkomst met een huurder die in een aparte woning leeft.¹⁵ Wat geldt voor de beëindiging van dergelijke relaties, speelt ook een rol bij het verplicht moeten aangaan daarvan. De rechter zou zulke overwegingen mee kunnen nemen bij de beoordeling of een contracteerplicht de aangewezen weg is.

3.3 Schadevergoeding in natura

Bij een onrechtmatige leveringsweigering kan natuurlijk ook schadevergoeding worden gevorderd. Schadevergoeding in geld is echter meestal niet waar degene die met een weigering wordt geconfronteerd op uit is. Het doel is dat er een overeenkomst wordt gesloten en vervolgens dat de prestatie waartoe die overeenkomst verplicht, wordt verricht.

Mogelijk is dan om schadevergoeding in natura te vragen op grond van artikel 6:162 jo 6:103 BW. De rechter dient schadevergoeding in natura een passende vorm van schadevergoeding te vinden, want het opleggen van schadevergoeding in natura behoort tot de discretionaire bevoegdheden van de rechter. In het geval van onrechtmatige weigeringen zal een veroordeling tot contractsluiting vaak wel een passende vorm van schadevergoeding zijn.¹⁶

Hoewel schadevergoeding in natura dus een optie is, acht ik het een omweg. De route via artikel 6:162 jo 6:103 BW heeft geen meerwaarde ten opzichte van het rechtstreeks vorderen van een contracteerplicht op grond van artikel 3:296 BW.

3.4 Schadevergoeding in geld

De gebruikelijke schadevergoeding in *geld* zet in gevallen van contractweigering weinig zoden aan de dijk. Zij kan uiteraard wel worden gevorderd, maar daarmee wordt nog geen contract verkregen en evenmin de gewenste prestatie op basis van dat contract. In gevallen waarin contractdwang bestaat, geldt meestal dat de prestatie van zo'n wezenlijk belang is voor de vrager, dat geld geen oplossing biedt. Dit kan anders liggen in gevallen waarin contractdwang bestaat zonder dat deze specifiek op de behoeften van het individu is gericht.

¹⁵ Vgl. art. 7:274 lid 1 sub f.

¹⁶ In het beroemde geval Pos/vd Bosch, HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 is Pos veroordeeld om de boerderij aan vd Bosch over te dragen, op grond van art. 1401 BW. Art. 6:103 BW kan als codificatie van dit arrest worden beschouwd. In dit arrest was dus geen sprake van een contracteerplicht, maar wel van levering als schadevergoeding in natura.

Dit doet zich voor in het mededingingsrecht: de contractdwang die daar bestaat, heeft niet (louter) tot doel om de individuele ondernemer of de consument te beschermen, maar ziet op de markt in zijn geheel. In een dergelijk geval kan de sanctie dus veel meer gericht zijn op de overtreder, de aanbieder, dan op de vrager. De boete die door de mededingingsautoriteiten kan worden opgelegd vormt daarvan een goed voorbeeld. Dit is echter geen vorm van schadevergoeding.

In het geval van discriminatie geldt dat schadevergoeding in geld een zinvolle remedie kan zijn. Een probleem bij een vordering tot vergoeding van materiële schade is, dat de schade moet worden aangetoond. En wat is precies de materiële schade bij een toegangsweigering tot een disco, of bij de weigering om een woning te verhuren?

Immateriële schadevergoeding, smartengeld, kan echter wel zinvol zijn: een vergoeding voor het leed dat is aangedaan door de discriminerende bejegening op zich.¹⁷ Uit de bespreking van de verschillende gevallen waarin discriminatie een grondslag was voor een actie tot contractsluiting bleek echter dat slachtoffers van discriminatie in overwegende mate een vordering tot het verlenen van toegang of tot verhuur van een woning instelden en niet een vordering tot vergoeding van smartengeld of andere schade.

In overige gevallen geldt eveneens dat een schadevergoeding in geld geen afdoende compensatie biedt.¹⁸ Men kan wel nog denken aan andere doelen van schadevergoeding, zoals bijvoorbeeld genoegdoening: de 'dader' voelt het betalen van schadevergoeding wel in de portemonnee. Met contractdwang heeft dat echter niet meer te maken. Hooguit kan via het preventieve effect dat van een schadevergoedingsverplichting kan uitgaan indirect worden bereikt dat degene die contractdwang ondervindt zich, onder dreiging van schadevergoeding, bij die dwang neerlegt.

4 EXECUTIE CIVIEL VONNIS

Contractdwang wordt, net als overige geboden en verboden, uiteindelijk door executie geldend gemaakt. Reële executie van een vonnis waarin contractdwang wordt opgelegd, kan op verschillende manieren. Voor contractdwang is artikel 3:300 BW, de reële executie tot het verrichten van een rechtshandeling, uitermate geschikt. Artikel 3:300 BW luidt:

17 Zie Ktg. Gouda 13 maart 1986, *Prg.* 1987, p. 212-215 waar symbolisch f 1,- werd toegekend; Rb. Den Haag 19 januari 2000, rolnr. 98/2531, niet gepubliceerd, genoemd in de Smartengeldgids 2000, nr. 867; Rb. Zwolle 12 februari 2002, LJN: AD9393, te vinden via <www.rechtpraak.nl>, waar €23.000,- werd toegekend wegens discriminatie op de werkvloer.

18 Klik is van mening dat de onrechtmatige daad constructie wringt bij contractdwang, waar de vrager duidelijk een contract wil (en dus geen schadevergoeding). Klik 1992, p. 23.

1. Is iemand jegens een ander gehouden een rechtshandeling te verrichten, dan kan, tenzij de aard van de rechtshandeling zich hiertegen verzet, de rechter op vordering van de gerechtigde bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is, of dat een door hem aan te wijzen vertegenwoordiger de handeling zal verrichten. Wijst de rechter een vertegenwoordiger aan, dan kan hij bepalen dat de door deze te verrichten handeling zijn goedkeuring behoeft.
2. Is de gedaagde gehouden om tezamen met de eiser een akte op te maken, dan kan de rechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats van de akte of een deel daarvan zal treden.

Deze vorm van reële executie is aangewezen bij contractdwang, omdat men daarbij nu juist een overeenkomst wil op basis waarvan dan vervolgens gepresteerd wordt. Het kunnen benoemen van een vertegenwoordiger is van belang als er nog onderhandeld moet worden.

Reële executie kan ook inhouden dat met behulp van de sterke arm bijvoorbeeld een zaak gegeven wordt (art. 491-500 Rv), of dat de executant gemachtigd wordt om zelf het gewenste resultaat te bewerkstelligen (bijvoorbeeld door de prestatie of dienst door een ander te laten verrichten). Zie voor dit laatste geval artikel 3:299 BW. Hiermee kan men in beginsel hetzelfde resultaat bereiken als met het verplicht verrichten van de rechtshandeling: namelijk dat de prestatie wordt verricht.

Hoewel er dus goed passende executiemogelijkheden zijn, ben ik geen toepassing van artikel 3:299 of 3:300 BW tegengekomen in gevallen van contractdwang. Dat is ten eerste te verklaren uit het feit dat er om te beginnen al niet zoveel rechtszaken over contractweigering zijn. Het meest frequent zijn ze te vinden in het Europese mededingingsrecht en bij de toegang tot openbare gelegenheden.¹⁹ Ten tweede zal een rechter er de voorkeur aan geven om de gedaagde de mogelijkheid te geven alsnog zelf mee te werken, en zal hij daarom primair een uitspraak doen op grond van artikel 3:296 BW op verbeurte van een dwangsom.

5 EFFECTUERING ELDERS

5.1 Inleiding

De burgerlijke rechter is niet de enige instantie waar men terecht kan om contractdwang te effectueren. Afhankelijk van de sector waarin contractdwang voorkomt, bestaan er alternatieven om de contractsluiting af te dwingen. Wat de pro's en contra's van deze alternatieven zijn, komt hierna aan de orde.

¹⁹ Waarbij in het laatstgenoemde geval strikt genomen vaak sprake is van nakoming van de overeenkomst of wanprestatie.

5.2 De Europese Commissie

Indien de Europese Commissie constateert dat er een inbreuk is gemaakt op artikel 82 EG-Verdrag, dan ligt daar geen rechtsvordering aan ten grondslag. De Commissie kan een dergelijke vaststelling ambtshalve doen, of naar aanleiding van een klacht, dus op verzoek van bepaalde rechtspersonen of natuurlijke personen die genoemd worden in artikel 7 lid 2 van Verordening 1/2003. Degenen die een klacht kunnen indienen zijn in de eerste plaats (de autoriteiten van) de lidstaten. Natuurlijke en rechtspersonen kunnen alleen een klacht indienen als zij een rechtmatig belang aanvoeren. Een onderneming die leveringsweigering ondervindt, heeft zo'n rechtmatig belang.²⁰

De beslissing van de Commissie dat leveringsweigering in een bepaald geval misbruik van machtspositie oplevert, impliceert dat er gecontracteerd moet worden. Het kan zijn dat de Commissie een boete oplegt, of de onderneming verzoekt zich in de toekomst van bepaald gedrag te onthouden. Deze geboden of verboden kunnen aan voorwaarden worden verbonden: vaak dient de betrokken onderneming binnen een bepaalde termijn voorstellen aan de Commissie voor te leggen (bijvoorbeeld over de hervatting van de levering). Ook kan de levering worden geboden.²¹ Aan een gebod kan een dwangsom worden verbonden.

In het arrest *Commercial Solvents*²² bijvoorbeeld heeft de Commissie de ondernemingen CSC en Istituto bevolen op straffe van een dwangsom binnen dertig dagen aan afnemer Zoja een bepaalde hoeveelheid van de grondstof te leveren en binnen twee maanden aan de Commissie voorstellen ter goedkeuring voor te leggen voor de verdere bevoorrading van Zoja. Hiertegen is bij het Hof van Justitie opgekomen, waarop dit bepaalde dat de Commissie op grond van artikel 3 van Verordening nr. 17²³ in geval van leveringsweigering wel degelijk de bevoegdheid heeft om de betrokken ondernemingen te verplichten bepaalde handelingen of prestaties te verrichten, en dus levering van bepaalde grondstoffen kan bevelen om de leveringsweigering ongedaan te maken.

Indien de Commissie in een individueel geval besluit dat leveringsweigering geen misbruik van machtspositie oplevert, dan is daartegen beroep mogelijk door degenen die rechtstreeks en individueel in hun belang zijn geraakt.²⁴

20 Zie ook: Ritter & Braun 2004, p. 1043-1044.

21 Zie bijvoorbeeld de voorlopige beschikking inzake BBI/Boosey & Hawkes, beschikking van 29 juli 1987, *Pb* van 9 oktober 1987, L 286, p. 36-43 en de beschikking inzake Magill TV Guide, beschikking van 21 december 1988, *Pb* van 21 maart 1989, L 78, p. 43-51.

22 HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223 (Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie).

23 Deze verordening is per 1 mei 2004 vervangen door Verordening nr. 1/2003 (EG), van de Raad van 16 december 2002 (*PbEG* 2003, L 001/1).

24 Ritter & Braun 2004, p. 1048-1049.

5.3 NMa

De Mw kent bestuursrechtelijke handhavingmechanismen. De NMa kan op eigen instigatie optreden en bij een geconstateerde schending van het mededingingsrecht een last onder dwangsom of een boete opleggen. De NMa kan ook optreden naar aanleiding van een klacht van een andere onderneming of van consumenten. De NMa hoeft echter alleen klachten in behandeling te nemen die van een belanghebbende afkomstig zijn. Dat betekent dat hij een persoonlijk en actueel belang moet hebben dat objectief bepaalbaar is en rechtstreeks betrokken is bij het gevraagde besluit.²⁵ In het Nederlandse mededingingsrecht wordt in een dergelijk geval aangesloten bij het belanghebbendenbegrip uit de Awb en daarvoor geldt dat een 'toevallige' consument geen belanghebbende is bij de besluiten van de NMa.²⁶ De NMa is overigens ook niet verplicht op grond van een klacht onderzoek te laten doen.²⁷

De Rechtbank Rotterdam is de bevoegde instantie voor beroepen tegen besluiten van de NMa. Van een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam kan vervolgens hoger beroep worden ingesteld bij het CBB.

Een besluit van de d-g NMa wordt gehandhaafd met de middelen die in de Mw zelf staan, te weten de boete en met name de dwangsom. Indien de d-g NMa besluit dat een weigering te contracteren misbruik van machtspositie oplevert, dan betekent dit dat er gecontracteerd moet worden. Daarbij kan een dwangsom worden opgelegd, die verbeurd wordt op het moment dat geen uitvoering aan het besluit wordt gegeven. Hoewel de NMa niet de overeenkomst als zodanig kan opleggen, kan contractdwang op deze wijze dus toch worden geëffectueerd door de besluiten van de d-g NMa.²⁸ De executie van boetes en dwangsommen vindt plaats door een dwangbevel dat aan de betreffende onderneming wordt betekend. Executie vindt vervolgens met behulp van de deurwaarder plaats.²⁹

De NMa wijst ook wel eens klachten af omdat zij prioriteiten moet stellen en de klager goed bij de civiele rechter terecht kan. Met name wordt gekeken naar het algemeen belang: een zaak die ook het algemeen belang raakt, zal eerder door de NMa in behandeling worden genomen dan een zaak die alleen de betrokkenen aangaat. Soms is de civiele rechter ook efficiënter voor een individuele klager dan de procedure bij de NMa, met name vanwege de mogelijkheid schadevergoeding te krijgen, een mogelijkheid die in de procedure bij de NMa ontbreekt.³⁰

25 Zie hierover: Van den Tweel 2001, p. 172-179.

26 Van den Tweel 2001, p. 172-173.

27 Van den Tweel 2001, p. 175.

28 Ottow & Prompers 2001, p. 62.

29 Dekker 2002, p. 379-381.

30 Zie over de civielrechtelijke handhaving: Marissing 2001, p. 172-173.

Effectuering van contractdwang kan in voorkomend geval plaats vinden door een klacht in te dienen bij de NMa, met dien verstande dat daar enige beperkingen aan zijn. De NMa hoeft immers een klacht die niet van een belanghebbende afkomstig is, niet in behandeling te nemen. Bovendien is zij, als de klacht wel door een belanghebbende is ingesteld, niet verplicht een onderzoek in te stellen.

Klik is van mening dat de leveringsplicht gebaseerd op het mededingingsrecht een verbintenis uit de wet oplevert, maar dat deze niet relevant is, omdat de overheid de plicht oplegt en het contract niet 'op verzoek van de ander' tot stand komt.³¹ Voor mij speelt dat laatste argument niet, omdat het element dat het contract moet worden gesloten op verzoek van een ander niet in mijn definitie van contractdwang is opgenomen.³² De verplichting om een contract te sluiten, die wordt opgelegd door de mededingingsautoriteiten, levert net zo goed contractdwang op, als wanneer dat op verzoek van de ander gebeurt. De d-g NMa kan wel op een klacht reageren, maar hoeft dat niet te doen, en hoeft dat bovendien niet te doen door een leveringsplicht op te leggen. Dat betekent echter niet dat als een contracteerplicht door een mededingingsautoriteit wordt opgelegd, dit geen contractdwang is. Bovendien kan de onderneming of het individu dat door leveringsweigering wordt getroffen, naar de burgerlijke rechter stappen op basis van het mededingingsrecht.³³

5.4 Sectoriële toezichthouders

5.4.1 OPTA

OPTA is de toezichthouder van de post- en telecommunicatiemarkt en heeft een handhavingsfunctie en een geschilbeslechtsfunctie.

De handhavingsbevoegdheid houdt in dat OPTA bij overtreding van wettelijke bevoegdheden door een aanbieder, bevoegd is tot het gebruik van bestuursrechtelijke handhavingsmaatregelen. Dit zijn met name boetes en het opleggen van een last onder dwangsom. Afhankelijk van welke bepaling uit de Tw is overtreden, is hetzij de minister, hetzij OPTA bevoegd om een boete danwel een last onder dwangsom op te leggen.³⁴

De Tw bepaalt nog specifiek dat de Minister van Economische Zaken en OPTA bevoegd zijn een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten bij ernstig en herhaaldelijk niet-nakomen van de verplichtingen voor een bepaalde termijn te verbieden nog langer elektronische commu-

31 Klik 1992, p. 20, voetnoot 79.

32 Zie hfdst. 1.

33 Tenzij de burgerlijke rechter geen competentie bezit in de betreffende zaak. Zie daarover nader par. 6.

34 Art. 15.2 en 15.4 Tw.

nicatienetwerken of -diensten aan te bieden.³⁵ Dit is een vergaande sanctie. Voor contractdwang is dit niet de aangewezen methode, daar er dan juist wel geleverd moet worden. De bepaling geeft dan ook aan dat een dergelijk besluit niet kan worden genomen als een wettelijke leveringsplicht geldt.

Ten tweede heeft OPTA de functie van geschilbeslechter op verzoek van de betrokken partijen. Het gaat dan om geschillen tussen vergunninghouders, tussen aanbieders, tussen aanbieders en ondernemingen, of tussen ondernemingen.³⁶ Voor de effectuering van contractdwang kan geschillenbeslechting in zoverre zin hebben, dat een onderneming die bijvoorbeeld niet tot het netwerk wordt toegelaten, dit als geschilprocedure kan aankaarten. Voor de eindgebruikers is er eveneens een geschilbeslechtsregeling, waarin is bepaald dat OPTA op aanvraag van de consument een dergelijk geschil kan beslechten.³⁷

Afhankelijk van op grond van welke bepaling van de Tw een besluit is genomen, is het CBB, danwel de Rechtbank Rotterdam beroepsinstantie.³⁸ In laatstgenoemd geval kan hoger beroep worden ingesteld bij het CBB. Er is echter ook een belangrijk aantal procedures waarbij tegen het primaire besluit van OPTA rechtstreeks beroep kan worden ingesteld bij het CBB (dus zonder bezwaarfase of hoger beroep). Het gaat om besluiten naar aanleiding van een geschil tussen marktpartijen, besluiten die betrekking hebben op het aanwijzen van partijen met aanmerkelijke marktmacht en besluiten tot het opleggen van daaraan gerelateerde verplichtingen.³⁹

In de besluiten van OPTA wordt een eventuele leveringsplicht in het besluit opgenomen. Zo bepaalt OPTA in de zaak Denda tegen KPN dat 'KPN Telecom BV de NAWT-gegevens (...) en het gebruik van het nummer (fax) van haar abonnees aan Denda Multimedia BV ter beschikking moet stellen'. Het is dan materieel gezien niet nodig om nog naar de civiele rechter te stappen om de contractdwang te effectueren.⁴⁰

5.4.2 DTe

De uitvoering van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet en het toezicht op de naleving van deze wetten is opgedragen aan de Dienst uitvoering en toezicht energie (DTe). DTe is als kamer ondergebracht bij de NMa. De directeur

35 Art. 15.2a Tw.

36 Art. 12.2 Tw.

37 Art. 12.9 Tw.

38 Art. 17.1 Tw en 19.11 Tw.

39 Ottow 2004, p. 3-5. Zie nader <www.opta.nl> onderdeel bezwaar en beroep.

40 Besluit van OPTA van 29 september 1999 (Denda c.s. vs. KPN Telecom), nummer: OPTA/EGM/99/7593, te vinden op <www.opta.nl>. Er zijn verschillende rechtszaken over de terbeschikkingstelling van (deze) abonneegegevens, met verschillende uitkomsten, ook tussen dezelfde partijen. Dat komt doordat zowel bij de OPTA/NMa, als in beroep bij de Rechtbank Rotterdam, als in civiel kort geding als in een civiele bodemprocedure over de zaak werd gestreden. Zie voor een overzicht: Ottow & Prompers 2001, p. 58 e.v.

DTe kan bindende aanwijzingen geven en een last onder dwangsom en een boete opleggen.⁴¹

DTe doet ook aan geschilbeslechting, voorzover het gaat om een geschil met een netbeheerder.⁴² Een partij die een geschil heeft met een netbeheerder over de wijze waarop deze zijn taken en bevoegdheden op grond van deze wet uitoefent, dan wel aan zijn verplichtingen op grond van deze wet voldoet, kan een klacht indienen bij de directeur van DTe.⁴³ De beslissing van de directeur van de dienst is bindend.

Tegen een besluit genomen op grond van de Elektriciteitswet of de Gaswet kan beroep worden ingesteld bij het CBB. Als het echter gaat om een last onder dwangsom of een boete opgelegd door DTe, dan moet beroep worden ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam.⁴⁴ Hoger beroep wordt ingesteld bij het CBB.

5.4.3 Vervoerkamer

De Vervoerkamer is een onderdeel van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Deze kamer houdt onder andere sectorspecifiek (mededingings)toezicht op de spoorsector en overig openbaar vervoer als tram-, metro- en busvervoer. Het toezicht wordt uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat.

De Vervoerkamer kan ingrijpen op grond van de Wp 2000, de Spoorwegwet en de Concessiewet personenvervoer per trein. Op grond van de Spoorwegwet heeft de Vervoerkamer de volgende bevoegdheden. Zij houdt toezicht op de verplichting van de railinfrastructuurbeheerder om toegang te verlenen tot de spoorwegen en op de verplichte toegang tot bijkomende diensten en voorzieningen.⁴⁵ Degene die gerechtigd is een toegangsovereenkomst te sluiten of een andere belanghebbende, kan de (raad van bestuur van) NMa schriftelijk verzoeken om te onderzoeken of de beheerder of een spoorwegonderneming de verzoeker oneerlijk heeft behandeld, heeft gediscrimineerd of anderszins heeft benadeeld.⁴⁶ Dergelijke klachten worden door de Vervoerkamer (als onderdeel van NMa) behandeld.

Een partij bij een toegangsovereenkomst kan de NMa (in de vorm van de Vervoerkamer) schriftelijk verzoeken om een oordeel over het gedrag van de wederpartij. Artikel 76 bepaalt dat de NMa bij overtreding van onder andere de artikelen 27 en 67 Spoorwegwet, de bepalingen waarin de contractdwang voor de beheerder staat, een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom

41 Art. 5, 77h en 77i Elektriciteitswet en art. 60ac Gaswet.

42 Voor geschillen tussen leverancier en afnemer geldt de geschilbeslechtsbevoegdheid van DTe niet. De afnemer wordt verwezen naar een geschillencommissie of naar de rechter.

43 Art. 51 Elektriciteitswet en art. 19 Gaswet.

44 Art. 82 Elektriciteitswet en 61 Gaswet.

45 Art. 70 e.v. Spoorwegwet.

46 Art. 71 Spoorwegwet. Discriminatie of benadeling als bedoeld in art. 10 lid 7 richtlijn 91/440/EEG of art. 30 lid 2, richtlijn 2001/14/EG.

kan opleggen. Indien derhalve een spoorwegonderneming wordt geconfronteerd met een weigering om haar toegang te verlenen tot het spoorwegnet, kan zij een klacht in dienen bij de NMa (de Vervoerkamer). De Vervoerkamer is verplicht de klacht in behandeling te nemen.⁴⁷ Indien de Vervoerkamer van mening is dat de klacht ongegrond is, geeft zij dat oordeel binnen uiterlijk twee maanden en indien de zij van oordeel is dat de klacht wel gegrond is en een last onder dwangsom oplegt, moet die last ook binnen twee maanden na ontvangst van de gegevens en bescheiden die nodig zijn voor het oordeel van de Vervoerkamer, zijn uitgevoerd. Tegen besluiten van de Vervoerkamer staat beroep open bij de Rechtbank Rotterdam.⁴⁸

De Vervoerkamer heeft op grond van de Wp 2000 andere bevoegdheden dan op grond van de Spoorwegwet. In de Wp 2000 staat geen boeteregeling en slechts een beperkte mogelijkheid tot het opleggen van een last onder dwangsom, die niet geldt voor de gevallen van contractdwang.

Het meest verstrekkende instrument ten aanzien van de openbaar vervoerbedrijven, als het gaat om contractdwang ten aanzien van het reizigersvervoer, is het intrekken van de concessie op basis van artikel 43 Wp 2000. De concessieverlener kan daartoe overgaan indien de concessie niet goed wordt uitgevoerd. Overige bevoegdheden zijn het toepassen van bestuursdwang. De minister (niet de NMa) is daartoe bevoegd op grond van artikel 93 Wp 2000.

5.5 Tuchtrecther

Tuchtrechtelijke normen kunnen aan de orde komen in een civiele procedure alsook in een tuchtrechtelijke procedure. In deze paragraaf gaat het over de procedure bij de tuchtrecther, en met name over de vraag of dat een goed alternatief is voor een civiele procedure, als het doel is contractweigering te bestrijden.

Er zijn regels die direct een contracteerplicht opleggen, zoals artikel 13 Advocatenwet, of artikel 21 lid 1 Wet op het notarisambt. Deze wettelijke regels kunnen in de tuchtrechtprocedure aan de orde komen. Gedragsregels die in een verordening zijn vastgelegd, zoals bij de gerechtsdeurwaarders en de notarissen het geval is, zijn bindend voor de tuchtrecther. Gedragsregels die niet in een verordening zijn vastgelegd, zoals de gedragsregels van de advocaten, zijn niet bindend voor de tuchtrecther, hoewel het voor de hand ligt dat hij ze wel toepast.⁴⁹

In de tuchtrechtspraak van de Raad van Toezicht op het schadeverzekeringsbedrijf komt als grondslag voor contractdwang het kennelijk onredelijk of willekeurig weigeren door de verzekeraar voor. Dit is in strijd met de goede

47 Art. 71 leden 3 en 4 Spoorwegwet maken dit duidelijk.

48 Art. 90 Spoorwegwet.

49 Bannier 2003, p. 55.

naam van het schadeverzekeringbedrijf, de norm waaraan in deze tuchtrechtspraak wordt getoetst. Omdat het gaat om een procedure bij de tuchtrechter, wordt een klacht ook op deze manier ingekleed. Er hoeft dus niet direct aangehaakt te worden bij civielrechtelijke begrippen als onrechtmatige daad. Een kennelijk onredelijke of willekeurige weigering is naar mijn mening ook onrechtmatig, maar dat is niet het criterium waaraan in de tuchtrechtspraak wordt getoetst.

Belangrijker echter dan de geldende regels in het tuchtrecht is de vraag of een tuchtrechtprocedure zin heeft als het gaat om contractweigering (voor de juridische beroepsbeoefenaren gaat het dan om ministerieweigering). De mogelijkheden voor de tuchtrechter zijn op dat gebied namelijk beperkt. Hij kan de volgende maatregelen opleggen: een waarschuwing, een berisping, een schorsing en een schrapping uit het register of ontzetting uit het ambt. In die zin biedt het tuchtrecht geen mogelijkheden om contractdwang te effectueren. Het tuchtrecht heeft dus vooral betekenis vanwege de tuchtrechtelijke normen, die invulling kunnen geven aan de vraag of er onrechtmatig is gehandeld.⁵⁰

In een civiele procedure kan contractdwang direct op basis van de wettelijke regels over de ministerieplichten worden geëffectueerd.⁵¹ Daarvoor hoeft niet eerst de tuchtrechtprocedure te worden doorlopen.

Een uitspraak van de tuchtrechter kan ook voor een civiele procedure van belang zijn, maar de rechter hoeft de uitspraak niet te volgen. Dat is ook logisch, indien men bedenkt dat de tuchtrechter kijkt naar de eer en goede naam van de beroepsgroep. Dit brengt een andere normering mee dan wanneer in een civiel geding beslist moet worden of de ene partij onrechtmatig jegens de ander heeft gehandeld. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het feit dat de tuchtrechter heeft bepaald dat er in strijd met een tuchtrechtelijke norm is gehandeld, niet per definitie betekent dat er ook onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd.⁵² Wel zal in veel gevallen de tuchtrechtelijke norm samenvallen met de civielrechtelijke norm, maar dat geldt dus niet in

50 De tuchtrechter kan in twee gevallen een schadevergoeding opleggen: in de Advocatenwet en in de Wet op de Uitoefening van de Diergeneeskunde is dat geregeld. Sterk 2003, p. 68, wijst erop dat door velen art. 48 b lid 1 Advocatenwet, waarin de mogelijkheid tot schadevergoeding staat, verkeerd wordt begrepen. De schadevergoeding kan namelijk alleen bij een voorwaardelijke schorsing worden opgelegd. Het bepalen van de schadevergoeding dient hier alleen als 'straf' en niet als schadevergoeding voor de cliënt. Voor schadevergoeding moet de cliënt naar de civiele rechter.

51 Zie voor een voorbeeld: Rb. Amsterdam 14 december 1988, *NJ* 1990, 302. De notariële ambtsplicht strekt zich ook uit tot regionaal gebruikelijke werkzaamheden als toezicht houden op vrijwillige veilingen van onroerend goed. Geen gegronde redenen als bedoeld in art. 6 (van de toenmalige) Wet op het notarisambt om medewerking te weigeren aan nieuw door eiseres te organiseren veiling.

52 HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151.

alle gevallen.⁵³ De civiele rechter dient, indien zijn oordeel afwijkt van dat van de tuchtrechter, dit zodanig te motiveren dat de uitspraak ook in het licht van het oordeel van de tuchtrechter voldoende duidelijk is.⁵⁴

Overigens geldt voor notarissen en gerechtsdeurwaarders dat zij bestuursorgaan zijn. Een bestuursrechtelijke rechtsgang tegen hen is echter bij wet uitgesloten, omdat er al een civielrechtelijke en een tuchtrechtelijke mogelijkheid is om hen indien nodig aan te spreken.⁵⁵

5.6 Beroepscommissie Wtz

Indien een ziektekostenverzekeraar niet voldoet aan zijn acceptatieplicht zoals verwoord in artikel 3 Wet toegang ziektenkostenverzekeringen (Wtz), dan kan de potentiële verzekeringnemer voor de civiele rechter een beroep op deze bepaling doen. Hij kan echter ook naar de Beroepscommissie Wtz stappen. Deze commissie is speciaal ingesteld bij de invoering van de acceptatieplicht, en neemt onder andere beslissingen over acceptatiegeschillen met betrekking tot de standaardpakketpolis. Het gaat om een vorm van bindend advies: indien de verzekeraar een aanvraag tot een standaardpakketpolis weigert, dan wijst hij de vragers op de mogelijkheid om een bindend advies te krijgen van de Beroepscommissie. De vereniging zorgverzekeraars Nederland heeft zich daartoe verbonden, omdat er anders een wettelijke regeling zou komen. De potentiële verzekeringsnemer hoeft dit aanbod natuurlijk niet te volgen, hij kan zijn zaak ook aan de rechter voorleggen.

Naar welke rechter hij dan zou moeten stappen was overigens in eerste instantie niet eens zo duidelijk. In de memorie van toelichting staat dat geschillen tussen verzekerde en verzekeraar over de uitvoering via het burgerlijke recht zouden moeten worden opgelost, terwijl op acceptatiegeschillen de Awb van toepassing is. De Beroepscommissie zou zich als klachteninstituut alleen mogen uitspreken over geschillen inzake vergoedingen en niet meer over acceptatiegeschillen. Voor vergoedingsverschillen zou het burgerlijk recht van toepassing zijn, omdat vergoedingsgeschillen pas optreden nadat de overeenkomst gesloten is. Uitleg van de polisvoorwaarden en dergelijke moet dan uitsluitend geven.⁵⁶

53 Melis/Waaijer 2003, p. 401-403. Vgl. het arrest Kroymans/Sun Alliance (HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683) waarin de Hoge Raad aangaf dat indien een bepaalde gedraging van een verzekeraar naar het oordeel van de Raad van Toezicht (tuchtrechter) de eer en goede naam van het verzekeringsbedrijf schaadt, het in de rede ligt te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

54 HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151.

55 Zie hierover nader: Minkjan 2002, p. 707 e.v.

56 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 859, nr. 3, p. 9.

Mok is van mening dat het merkwaardig is om twee verschillende rechtsgangen te gebruiken als het om dezelfde verzekering gaat. Bovendien is er sprake van een bindend advies regeling: de aspirant-verzekerde hoeft geen standaardpakketpolis aan te vragen (in die zin is het dus geen wettelijke verzekering, zoals een verzekering uit hoofde van de Ziekenfondswet dat wel is). Hij hoeft ook niet te participeren in de bindend advies regeling. Tot slot voert Mok nog aan dat de geweigerde aspirant-verzekerde nooit naar de bestuursrechter stapt. De reden daarvoor is dat het veel te lang duurt. Nu het gaat om een ziektekostenverzekering kan men geen lange periode wachten totdat er een uitspraak is. Bij de civiele rechter in kort geding kan dit veel sneller, maar nog sneller en laagdrempeliger is de Beroepscommissie. De meeste geweigerden zullen dus daar hun heil zoeken als hun aanvraag wordt geweigerd.⁵⁷

Ik ben met Mok van mening dat het merkwaardig is om de geschillen over de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst naar het bestuursrecht te schuiven alleen omdat er een wettelijke contracteerplicht in een publieke wet staat opgenomen. Bij de 'klassieke vormen' van contractdwang wordt de contracteerplicht steeds in een publiekrechtelijke wet of regeling neergelegd. Zoals al eerder aangegeven, maakt dat mijns inziens de uiteindelijk gesloten overeenkomst niet minder privaatrechtelijk van karakter. Zo ook hier. De weigering een overeenkomst te sluiten door een privaatrechtelijke ziektekostenverzekeraar, lijkt me ook geen bestuursrechtelijke aangelegenheid. Het is niet wenselijk met mengvormen te werken, zoals hier in de memorie van toelichting verdedigd.

In ieder geval is de bestaande praktijk dat acceptatiegeschillen wel degelijk door de Beroepscommissie worden behandeld. Daarbij wordt in voorkomende gevallen uitgesproken dat de eiser geaccepteerd moet worden als verzekerde met een standaardpakketpolis.⁵⁸ De geschillen hebben voornamelijk betrekking op interpretaties van het Besluit categorieën van verzekerden Wtz 1998, waarin staat wie in aanmerking komen voor de standaardpakketpolis.

5.7 Commissie Gelijke Behandeling

De bepalingen van de AWGB kunnen worden ingeroepen voor de civiele rechter. Bij een overtreding van een bepaling kan deze rechtstreeks op grond van de wetbepaling oordelen dat een bepaalde prestatie dient te worden verricht. De bepalingen van de AWGB kunnen echter ook worden ingeroepen voor de Commissie Gelijke Behandeling, hetgeen makkelijker en goedkoper is dan het aanspannen van een rechtszaak. De Commissie toetst niet aan de onrechtmatige

⁵⁷ Mok 1998, p. 138-141.

⁵⁸ Zie als voorbeelden: Zaak nrs. 01036, 01029 en 01032 uit 2001, te vinden op <www.zn.nl/actueel/leeszaal>, onder jurisprudentie.

daad, maar kijkt alleen of de AWGB wordt overtreden. De uitspraken van de Commissie zijn niet bindend en dat betekent dat contractdwang op basis van een uitspraak van die Commissie ook niet plaats zal vinden, althans het is geen executabele contracteerplicht. Het belang van de oordelen van de Commissie is dus met name groot als er veel vrijwillig gehoor aan wordt gegeven. Tevens geldt dat de rechter alleen onder vermelding van deugdelijke motieven kan afwijken van een eerder gegeven oordeel van de Commissie, dit onder andere vanwege de specifieke deskundigheid van de Commissie.⁵⁹

5.8 Geschillencommissies

Voor vele gebieden waarop zich contractdwang voordoet, bestaan geschillencommissies. Zo zijn er geschillencommissies voor post, openbare nutsbedrijven, advocatuur, telecommunicatie en taxivervoer.

De geschillencommissies opereren op basis van het contract dat wordt gesloten: zo staat de gang naar de geschillencommissie post in artikel 10 van de algemene voorwaarden van TPG Post geregeld. De vraag is hoe dat dan moet bij een contractweigering, waarbij juist geen contract tot stand komt en derhalve ook de geschillencommissieregeling niet via het contract gelding kan krijgen. In de reglementen van de verschillende commissies staat dat de commissie een bindend advies kan uitbrengen indien en voorzover de ondernemer en de klant dat zijn overeengekomen. Dat gaat in het geval van contractweigering dus niet via de algemene voorwaarden, maar het bedrijf kan wel erin toestemmen het geschil aan de commissie voor te leggen. Ik zie ook geen reden voor bedrijven om dat niet te doen, nu ze zelf bij geschillen die tijdens de uitvoering van het contract ontstaan, deze vorm van geschilbeslechting aanbieden. Feitelijk zal de gang naar de geschillencommissie niet worden geblokkeerd. Mocht hier wel een probleem rijzen, dan kan de consument altijd nog naar de civiele rechter. De reglementen van de geschillencommissies bepalen dat de geschillencommissie ook bevoegd is te oordelen over geschillen betreffende de totstandkoming van de overeenkomst.

Het bindend advies van de commissie kan inhouden dat er een overeenkomst moet worden gesloten en kan dus contractdwang met zich mee brengen. Dit kan een goede manier zijn om contractdwang te effectueren. De procedure is goedkoop en snel en het resultaat is bindend. Toch ben ik geen gevallen tegengekomen waarin een contracteerplicht werd opgelegd door een geschillencommissie. Het is overigens niet uitgesloten dat de uitspraken er wel zijn, want

⁵⁹ HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698. Deze uitspraak ging over de voorganger van de CGB, maar deze had dezelfde positie als de huidige Commissie.

lang niet alle uitspraken worden gepubliceerd.⁶⁰ Er zijn wel uitspraken over opschorting en opzegging van energieleveringsovereenkomsten, en in mindere mate ook van telefoonabonnementen.⁶¹

6 VERHOUDING CIVIELE RECHTER EN TOEZICHTHOUDERS

De Mededingingswet kan bestuursrechtelijk en civielrechtelijk worden gehandhaafd. Effectuering van contractdwang kan plaats vinden door een klacht in te dienen bij de NMa. Indien NMa de klacht in behandeling neemt en uiteindelijk een besluit neemt, dan is sprake van het bestuursrechtelijke traject. Ten aanzien van de geadresseerde van het besluit is dit een volwaardige bestuurlijke rechtsgang. In het geval van contractdwang gaat het dan om de onderneming waarvan is besloten dat deze moet contracteren. Deze onderneming kan volgens het bestuursrechtelijke traject in bezwaar en beroep tegen dit besluit. De gang naar de civiele rechter is afgesloten. Op grond van de leer van de formele rechtskracht geldt dat indien de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen niet zijn aangewend, danwel het besluit in beroep in stand is gebleven, de civiele rechter daaraan is gebonden.⁶²

Indien de NMa de klacht niet in behandeling neemt, dan staat voor de klager nog de gang naar de burgerlijke rechter open. Ook indien de NMa de klacht wel in behandeling neemt, maar besluit dat er geen sprake is van misbruik van machtspositie, kan de klager naar de civiele rechter stappen. De klager is namelijk geen geadresseerde van het besluit. Het is echter geen uitgemaakte zaak in hoeverre de civiele rechter inhoudelijk rekening moet houden met besluiten van de NMa,⁶³ in dit geval dus het oordeel dat geen sprake is van misbruik van machtspositie.

Aanvullende rechtsbescherming van de civiele rechter kan ook noodzakelijk zijn, indien sprake is van een spoedeisend belang. Bij de civiele rechter bestaat namelijk de mogelijkheid om op korte termijn een voorlopige voorziening te krijgen. Illustratief hiervoor is de volgende overweging in de kort geding procedure van de NOS c.s. tegen de Telegraaf:⁶⁴

60 Een deel wordt gepubliceerd in *TvC* en voor het overige zijn uitspraken op te vragen bij de Stichting Geschillencommissie Consumentenzaken als het zaaknummer bekend is. Het bleek niet mogelijk de uitspraken allemaal in te zien, om zelf een selectie te maken.

61 Opschorting en opzegging energielevering: GON 4 juni 1984, nr. 112, besproken door R.H. Stutterheim in *Rechtshulp* 1985/4, p. 27-32; GON 9 juni 1993, met noot Loos, *TvC* 1993, p. 346-348. Weigering mobiel telefoonabonnement af te sluiten toegestaan wegens negatieve kredietinformatie: Geschillencommissie Telecommunicatie oordeel 19/11/1998, *TvC* 2001, p. 327-328.

62 Grosheide 2001, p. 95.

63 Zie hierover Pijnacker Hordijk & Noë 2001, p. 82-90 en Grosheide 2001, p. 91-96, die hierover verschillende opvattingen hebben.

64 HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 505 (NOS c.s./Telegraaf).

'14. Naar het oordeel van het hof is de kort geding rechter gehouden een voorlopige voorziening te geven, telkens wanneer zulks naar zijn oordeel, gelet op de belangen van partijen, uit hoofde van onverwijlde spoed is vereist. Denkbaar is evenwel dat een beslissing van de civiele kort geding rechter wordt aangehouden, indien op betrekkelijk korte termijn een besluit op bezwaar van de NMa kan worden verwacht. In casu is gelet op de mededelingen van partijen bij pleidooi evenwel geen uitzicht op een spoedige beslissing omtrent de ingebrachte bezwaren. Het hof zal daarom thans nagaan of ten processe voldoende gegevens aanwezig zijn voor een inhoudelijk oordeel. Daarbij gaat het hof ervan uit dat het gevorderde gebod tot staking van de inbreukmakende handelingen achterwege behoort te blijven, als aannemelijk is dat er een gerede kans bestaat dat de NMa in haar eindbesluit de klacht dat de NOS en/of de Omroepen misbruik maken van haar/hun economische machtspositie gegrond zouden bevinden. (...)'

Wat hierboven is gesteld over de NMa geldt *mutatis mutandis* ook voor besluiten genomen door OPTA, DTe of de Vervoerkamer. Ook dat zijn besluiten in bestuursrechtelijke zin, waarvoor de algemene regels gelden over de verhouding tussen de bestuursrechter en de civiele rechter. Indien er een volwaardige bestuursrechtelijke rechtsgang is, dan is er voor de civiele rechter alleen een rol weggelegd voorzover het gaat om aanvullende rechtsbescherming.

Deze inmiddels in redelijke mate uitgekristalliseerde verhouding tussen bestuursrechter en civiele rechter bestaat niet waar het gaat om de geschilbeslechttingsbevoegdheden van NMa en de overige toezichthouders. In de specifieke wetgeving is aan de toezichthouders ook geschilbeslechting opgedragen. Besluiten die uit hoofde van die functie worden genomen, zijn van een ander type dan de 'klassieke' besluiten. Geschilbeslechting wil immers zeggen dat een uitspraak wordt gedaan over de verhouding tussen twee partijen. Het gaat dus niet alleen om de relatie tussen de toezichthouder (bestuurder) en de onderneming (bestuurde), maar het gaat om de verhouding tussen twee ondernemingen, c.q. een onderneming en een burger onderling. De geschilbeslechttingsfunctie lijkt daarmee op de rol die de burgerlijke rechter normaal gesproken vervult. De vraag is ook hoever die geschilbeslechttingsfunctie reikt. In hoeverre kan OPTA of DTe bijvoorbeeld ook de inhoud van contracten bepalen? Wil geschilbeslechting in een concrete zaak zin hebben, dan zullen zij die bevoegdheid ten dele moeten hebben.⁶⁵ Vervolgens rijst echter wel de vraag wat de rol van de civiele rechter hier nog is. Die vraag rijst ook omdat de toezichthouders meerdere rollen in zich verenigen: zij zijn zowel toezichthouder als geschilbeslechter ('rechter', zo men wil). Die combinatie is vanuit het oogpunt van de onafhankelijkheid van de rechtspraak niet gelukkig.

65 Zie over de bevoegdheden van OPTA om in te grijpen in contracten kritisch: Wit 2004. Zie over de uitleg van overeenkomsten door OPTA en de verhouding tot de civiele rechter: Ottow 2002. Zie over (bestuurs)rechterlijke toetsing van besluiten van toezichthouders: Lavrijssen 2004.

Nu is hierbij wel een belangrijke kanttekening te maken: geschilbeslechting geschiedt alleen op verzoek van partijen of van één van de partijen. OPTA heeft de bevoegdheid tot geschillenbeslechting alleen op verzoek van één van de partijen, art. 12.2 Tw, en dient ook de behandeling van de zaak te beëindigen als de partijen daarom vragen, art. 12.3 Tw. Geschilbeslechting in een zaak met eindgebruikers kan alleen plaatsvinden op verzoek van de consument, art. 12.9 Tw. Wat betreft DTe geldt dat een partij die een geschil heeft met een netbeheerder, een klacht kan indienen bij DTe. Hij hoeft dat dus niet te doen, en artikel 51 lid 4 Elektriciteitswet bepaalt dan ook dat het indienen van een klacht de mogelijkheid om eventuele andere rechtsmiddelen in te dienen onverlet laat. Ook de Vervoerkamer kan alleen geschillen beslechten op verzoek. Dat betekent dat de geschilbeslechting bij OPTA, DTe en de Vervoerkamer facultatief is en men dus, naar ik aanneem, ook naar de civiele rechter kan gaan. Er bestaat geen exclusieve bevoegdheid van de toezichthouders om geschillen te beslechten. De vraag die daarmee niet is beantwoord, is wat er gebeurt als er op grond van de geschilbeslechtsprocedure een besluit is genomen. Daartegen kan beroep worden ingesteld en daarmee is er een bestuursrechtelijke rechtsgang. Waarschijnlijk is er dan alleen aanvullende rechtsbescherming door de civiele rechter mogelijk.⁶⁶ De civiele rechter zou anders over dezelfde zaak moeten oordelen als waarover al een besluit is genomen. Het punt zal zijn om te bepalen waarop de geschilbeslechting precies ziet. Mag DTe bijvoorbeeld een overeenkomst aanvullen op grond van redelijkheid en billijkheid? Of een beding uit een overeenkomst buiten toepassing laten, omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om zich in deze omstandigheden op het beding te beroepen (art. 6:248 lid 2 BW)? Mag DTe schadevergoeding op grond van een gepleegde onrechtmatige daad toekennen? Dat lijkt mij niet, omdat dat niet geregeld staat in de wetten waaraan zij haar bevoegdheid ontleent. De afbakening zal intussen niet altijd makkelijk zijn. Voor de gedeelten die niet onder de bevoegdheid van een sectorspecifieke toezichthouder vallen zal de burgerlijke rechter de aanvullende rechtsbescherming bieden.

In dit kader is illustratief een overweging die de Rechtbank Rotterdam gaf in de zaak Baby XL.⁶⁷ Het ging daar om de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in verhouding tot de bevoegdheid van OPTA. De genoemde bepalingen zijn bepalingen uit de oude Tw, dus het belang van de uitspraak is niet de precieze bevoegdheid van OPTA (die bevoegdheden zijn inmiddels uitgebreid), maar de wijze waarop de civiele rechter ermee omgaat:

⁶⁶ Van der Meulen 2003, p. 78-79.

⁶⁷ Rb. Rotterdam 29 november 2001, (CLEC Netherlands BV en BabyXL Broadband DSL/KPN Telecom BV), zaaknr.: 156783/HA ZA 01-1308, beschreven in: Ottow 2002, p. 318. Niet in databank rechtspraak.nl.

‘Deze specifieke bevoegdheid van OPTA en de aansluitende met waarborgen omringde rechtsgang hebben tot gevolg dat de burgerlijke rechter zich – uitzonderlijke gevallen daargelaten – heeft te onthouden van zelfstandige beoordeling van de vraag of de genoemde in verband met interconnectie en bijzondere toegang bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die worden nagekomen, strijdig zijn met het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet. Dat raakt evenwel niet de bevoegdheid van de rechtbank in de zin van artikel 53 RO, doch betreft de vraag of de vordering kan worden toegewezen. Genoemd artikel 6.9 juncto artikel 6.3 lid 2 Tw, geeft OPTA niet de bevoegdheid om ter beslechting van de aangeduide geschillen meer te doen dan regels vast te stellen die tussen partijen zullen gelden. Tot die bevoegdheid hoort niet de veroordeling van een der partijen wegens onverschuldigde betaling of onrechtmatige daad als thans door Baby XL wordt gevorderd (In de executie van dergelijke besluiten van OPTA is ook niet in de wet voorzien). De Algemene wet bestuursrecht en de Telecommunicatiewet bieden dus niet een procedure waarin Baby XL een zelfde uitspraak, of een uitspraak met in wezen hetzelfde effect, kan krijgen als zij thans vordert.’

Ik zou zelf vooralsnog aannemen dat de gang naar de burgerlijke rechter openstaat, indien er twijfel bestaat over de reikwijdte van de bevoegdheden van toezichthouders. De onduidelijkheid over die bevoegdheden komt doordat de bevoegdheden allemaal specifiek moeten worden vastgelegd in de betreffende wetten. De bevoegdheden verschillen dan ook nog per wetsartikel dat aan de orde is. Dat maakt een en ander bepaald onoverzichtelijk. Zo is over de bevoegdheid van OPTA heel wat afgeprocedeerd.⁶⁸ De wetgever heeft daar wel wat aan proberen te doen, door de bevoegdheden van OPTA uit te breiden.

Het voordeel van toegang tot met name de civiele rechter blijft voorlopig dat er geen enkele twijfel is aan de status van diens oordelen: een vonnis of een arrest levert, nadat het in kracht van gewijsde is gegaan, of indien het uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, een executoriale titel op. De handhavingsmethode is duidelijk. Voor een bestuursrechter geldt eveneens dat diens bevoegdheden duidelijk zijn, maar ook daar zijn beperkingen. Zo kan de bestuursrechter maar beperkt schadevergoeding opleggen. Eigenlijk is het zo, dat indien men qua competentie bij de civiele rechter terecht kan, die civiele rechter het meest concreet verplichtingen kan opleggen: geboden, verboden, schadevergoeding, een en ander voorzover nodig gezekeerd met een dwangsom voor ieder dag dat er geen gehoor wordt gegeven aan het vonnis.

Anderzijds is de civiele rechter voor sectorspecifieke zaken mogelijk minder geschikt, omdat hij of zij niet steeds is ingevoerd in bijvoorbeeld de energie- of telecommunicatiewetgeving. Bovendien zijn bodemprocedures tijd- en geldrovend. Zeker als het nodig is om misbruik van machtspositie aan te tonen, komt daar nogal wat specifieke kennis bij kijken, om te beginnen een markt-afbakening. Het is de vraag in hoeverre civiele partijen, en zeker particulieren,

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld Canal+/UPC, CBB 3 december 2002, zaken AWB 03/406, 03/418 en 03/425, te vinden op <www.rechtspraak.nl>.

in staat zijn om die gegevens te leveren. De private handhaving van het mededingingsrecht heeft nog geen grote vlucht genomen.⁶⁹

Het kort geding kan minder geschikt zijn, omdat de rechter dan op basis van op korte termijn te verzamelen gegevens een beslissing moet geven.

7 CONCLUSIE

Directe contractdwang valt makkelijker te effectueren dan indirecte contractdwang, daar het gaat om een duidelijk omschreven contracteerplicht die meestal in een wetbepaling staat opgenomen.⁷⁰ De uitgangspositie is anders dan bij indirecte contractdwang, waar over het algemeen een open norm moet worden ingevuld, die dan kan blijken contractdwang met zich mee te brengen in het concrete geval.

De bewijspositie bij directe contractdwang is dan ook anders: uitgangspunt is dan immers contractdwang en de uitzondering dient te worden aangetoond. Bij indirecte contractdwang dient te worden aangetoond dat in dit concrete geval de norm verplicht tot contracteren. Uiteindelijk geldt voor beide vormen van contractdwang dat de contractdwang in dit specifieke geval aangewezen moet zijn, maar dat zal in het geval van directe contractdwang sneller het geval zijn dan bij indirecte contractdwang. Bovendien zijn vaak de contracteerplichtige en de aard van de te leveren prestatie ook vastgelegd, zodat duidelijk is waarop men precies recht heeft. En tot slot wordt directe contractdwang vrijwel steeds in een wettelijke bepaling neergelegd, die derhalve in rechte inroepbaar is. Bij indirecte contractdwang spelen schriftelijke bepalingen die niet voor een ieder gelding hebben alsook ongeschreven normen een rol.

De gang naar de burgerlijke rechter is algemeen gesproken het meest effectief als moet worden opgetreden tegen contractweigering. Dit komt door de combinatie van de gemakkelijke toegang en het beschikbare sanctiearsenaal. De toegang is gemakkelijk, omdat het niet nodig is om bijvoorbeeld geadresseerde van een besluit te zijn. Tegen een weigering te contracteren kan gegaagd worden op basis van verschillende rechtsgronden: wanprestatie, onrechtmatige daad, niet naleven wettelijke bepaling.

Geschillencommissies hebben als voordeel dat ze laagdrempeliger zijn, minder kosten maken en een uitspraak tot contractsluiting tot de mogelijkheden behoort. Ze zijn er echter niet op ieder gebied. Maar als er een is, kan contractdwang vaak nog beter daar worden geëffectueerd dan bij de burgerlijke rechter. Dit geldt ook voor de speciaal ingestelde wettelijke Beroepscommissie Wtz.

69 Slot 2004, p. 467; Zie over privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de rol die Verordening 1/2003 daarbij verwacht wordt te spelen bijv. McCurdy 2004 en Holmes 2004.

70 Voor energie: Wijting 2001, p. 99.

Het tuchtrecht is niet effectief als het gaat om contractdwang, omdat de handhavingsmechanismen tekort schieten. De beroepsbeoefenaar krijgt een waarschuwing of wordt berispt, maar een contracteerplicht kan niet worden opgelegd.

Mededingingsautoriteiten zijn minder effectief als het gaat om de effectivering van contractdwang door degene aan wie het contract geweigerd is. Het minder effectieve zit erin dat de klager zelf weinig invloed kan uitoefenen op 'zijn' zaak. Er kan een klacht worden ingediend, maar daar zijn drempels aan verbonden: men dient belanghebbende te zijn en dat wordt niet heel ruim uitgelegd. Bovendien hoeven de autoriteiten de klacht niet te laten volgen door een onderzoek. Belangrijker lijkt daarom het feit dat de normen van artikel 82 EG-Verdrag en artikel 24 Mw voor de rechter in een civiel geding ingeroepen kunnen worden. De civielrechtelijke rechtsbescherming is dus wat toegang tot een 'handhaver' van het mededingingsrecht betreft (in dit geval is dat de rechter) bepaald laagdrempeliger te noemen. Echter, een groot nadeel van met name het kort geding is dat deze procedure zich niet leent voor ingewikkelde mededingingsrechtelijke zaken. Dat komt omdat een diepgravend feitenonderzoek veelal nodig is om bijvoorbeeld de relevante markt af te kunnen bakenen, de tijd daarvoor vaak te kort is en bovendien niet iedere rechter doorkneet is in het (communautaire) mededingingsrecht.

Problematisch is de onduidelijkheid omtrent met name de bevoegdheden op het terrein van geschilbeslechting van NMA (inclusief de DTe en de Vervoerkamer) en OPTA. Dit vraagstuk heeft uiteraard een ruimer bereik dan de vraag bij wie aan te kloppen indien contractweigering heeft plaatsgevonden.

11 | Slotbeschouwing

1 INLEIDING

Contractdwang is een beperking van de contractvrijheid en dan in het bijzonder de vrijheid om te kiezen óf men wil contracteren.

Mijn uitgangspunt in dit boek is dat contractdwang de uitzondering is die de regel bevestigt. Die uitzondering behoeft rechtvaardiging, omdat contractvrijheid weliswaar geen heilig huisje is, geen rigide principe, maar wel een belangrijk uitgangspunt van het contractenrecht vormt.

Dat contractdwang de contractvrijheid beperkt betekent op zichzelf niet dat het een verdachte figuur is. Beperkingen van de contractvrijheid komen voor en zijn noodzakelijk. Belangrijk is dat contractvrijheid regel is en contractdwang uitzondering¹ en dat de gevallen van contractdwang voldoende rechtvaardiging vinden.²

Contractvrijheid wordt als één van de leidende beginselen van het contractenrecht aanvaard, maar daarnaast hebben zich vanuit de gedachte van rechtvaardigheid andere uitgangspunten ontwikkeld, zoals de bescherming van de zwakke partij³ of het vertrouwensbeginsel. Contractvrijheid gaat uit van een zekere gelijkheid.⁴ Niet iedereen is echter gelijkelijk toegerust om van de contractvrijheid gebruik te maken. Verschillen in de (machts)posities van de contractspartijen kunnen dan ook beperkingen van de contractvrijheid rechtvaardigen. Het streven naar materiële rechtvaardigheid kan dus reden zijn voor beperkingen van de contractvrijheid.⁵

Het voorgaande geeft aan dat contractvrijheid wel als uitgangspunt geldt, maar dat binnen het privaatrecht of meer specifiek binnen het contractenrecht, ook andere uitgangspunten kunnen gelden. Beperkingen van de contractvrijheid zijn dus geaccepteerd. Daarnaast, en dat speelt bij het onderwerp contractdwang een belangrijke rol, zijn er ook beperkingen van de contractvrijheid die afkomstig zijn van buiten het privaatrecht. Zo is een deel van de contract-

1 Vgl. Nieuwenhuis 1999 die aangeeft dat één van de functies van rechtsbeginselen (waartoe hij contractvrijheid rekent) is om het uitgangspunt te markeren, p. 24-25.

2 In gelijke zin: Kilian 1980, p. 50, 75 en 76; Köndgen 1981, p. 133-134; vgl. ook Bydlinski 1980a, p. 4-5.

3 Hartlief 1999, p. 1.

4 Zie ook reeds Van Oven 1956, p. 20-21.

5 Goldschmidt 1999, p. 255-256; Hartlief 1999, p. 14.

dwang die in dit boek wordt beschreven het gevolg van Europees mededingingsbeleid en mededingingsrecht. De contractvrijheid van de ondernemingen die contractdwang krijgen opgelegd wordt daar niet beperkt omwille van de rechtvaardigheid, maar omwille van het bevorderen van een interne markt, het tot stand brengen van mededinging, het bevorderen van efficiëntie en het creëren van meer keuzemogelijkheden voor de consument. Ook hier geldt echter dat een afweging wordt gemaakt tussen de vrijheid die een onderneming in beginsel heeft om haar eigen bedrijfsvoering te bepalen, waar contractvrijheid onderdeel van uitmaakt, en andere belangen.⁶

2 RATIO

2.1 Inleiding

Contractdwang behoeft, vanwege de beperking die op de contractvrijheid wordt aangebracht, een rechtvaardiging. Voor deze rechtvaardiging kan ten eerste worden aangesloten bij de ratio van contractdwang zoals die in de analyse van de verscheidene gevallen van contractdwang is gevonden. Hierbij zij opgemerkt dat in gevallen van contractdwang vaak een combinatie van factoren verklaart waarom contractdwang in dat geval voorkomt. Omwille van de overzichtelijkheid heb ik in het onderstaande een scheiding aangebracht, maar er staan geen waterdichte schotten tussen de verschillende factoren.

2.2 Machtsonevenwicht

2.2.1 Inleiding

Contractdwang komt regelmatig voor in gevallen waar machtsonevenwicht bestaat. Dit machtsonevenwicht wordt veroorzaakt door een combinatie van factoren, waarbij grofweg kan worden gezegd dat enerzijds sprake is van een (economische) machtspositie van ondernemingen of beroepsbeoefenaren en anderzijds de diensten of goederen die door die partijen met machtspositie worden aangeboden, van groot belang zijn voor andere ondernemingen of voor consumenten. Deze tweedeling wordt hierna nader uitgewerkt.

6 Zie hierover nader hfdst. 2, par. 4 en hfdst. 7, par. 2.2.4.

2.2.2 Machtspositie

Het bezit van een monopoliepositie geeft marktmacht. Het is dan ook niet toevallig dat juist de markten waar veel (staats)monopolisten actief waren, te weten energie, vervoer, post en telecommunicatie, geliberaliseerd zijn of worden. De reden dat juist in de genoemde sectoren is overgegaan tot sector-specifieke regelgeving, is vanwege die monopolieposities in combinatie met de toegang tot de infrastructuur die door de betreffende monopolisten werd gecontroleerd. Concurrentie kan niet op gang komen als er zogenaamde 'bottlenecks' in een markt aanwezig zijn. In de telecommunicatiesector, de energiesector en de vervoerssector bestonden deze 'bottlenecks', vanwege de natuurlijke en juridische monopolies. De regelgeving in de genoemde sectoren en ook met name de daar bestaande contractdwang heeft te maken met de wens om toegang tot de infrastructuur, tot netwerken, voor anderen dan de (ex)-monopolist mogelijk te maken.⁷

Ook zonder dat sprake is van een monopoliepositie kan een economische machtspositie bestaan. Ook dan kan contractdwang voorkomen. Als door de uitoefening van de machtspositie de mededinging wordt beperkt kan ook daar sector-specifieke regelgeving voorkomen, of er kan worden opgetreden op grond van het algemeen mededingingsrecht, en in het bijzonder artikel 82 EG-Verdrag.

De machtspositie die vrije beroepsbeoefenaren kunnen hebben, heeft met name te maken met de exclusieve bevoegdheden die de beroepsgroep heeft. Zij bezitten een wettelijk monopolie met betrekking tot de verrichting van bepaalde diensten. Zo heeft de notaris de exclusieve bevoegdheid authentieke akten te verlijden. Deze akten zijn voor een behoorlijk aantal (rechts)handelingen vereist. Indien de notaris zijn diensten weigert, kunnen bepaalde door burgers of ondernemingen gewenste rechtsgevolgen niet worden gerealiseerd. De gerechtsdeurwaarder heeft als enige de bevoegdheid om exploten uit te brengen. Indien men iemand wil dagvaarden dan zijn daarvoor de diensten van de gerechtsdeurwaarder nodig en als men een vonnis ten uitvoer wil laten leggen, of beslag wil leggen, dan kan dat alleen maar door tussenkomst van de gerechtsdeurwaarder. De exclusieve bevoegdheid van de advocaat en procureur bestaat op het terrein van de procesvertegenwoordiging. In een niet onaanzienlijk aantal gevallen kan alleen een procedure worden aangespannen en gevoerd indien men daarbij vertegenwoordigd wordt door een procureur.⁸

Intellectuele eigendomsrechten leiden eveneens tot exclusieve bevoegdheden en tot een wettelijk monopolie. Dit leidt tot een machtspositie, die onder

⁷ Zie nader hfdst. 2, par. 4.

⁸ Zie nader hfdst. 5.

omstandigheden ook misbruikt kan worden, zoals uit de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Magill blijkt.⁹

2.2.3 *Afhankelijkheid van de diensten of producten*

Als tweede factor die het machtsonevenwicht bepaalt, geldt de afhankelijkheid van de betreffende diensten of producten. Die afhankelijkheid is groter naarmate het belang van de dienst of het product groter is voor degene die erover wenst te contracteren of in breder verband: voor de samenleving als geheel. Het Europeesrechtelijke concept van de universele dienstverplichting is gebaseerd op de wens om dergelijke goederen of diensten algemeen beschikbaar te laten zijn.

De universele dienstverplichting is een verplichting die op een onderneming wordt gelegd om zorg te dragen voor bepaalde diensten van algemeen of publiek belang. De universele dienstverplichtingen hebben ten doel overal en voor iedereen de toegang tot bepaalde wezenlijke prestaties van goede kwaliteit en tegen betaalbare prijzen mogelijk te maken. Het zijn diensten die de samenleving zo essentieel acht, dat zij ook moeten worden geleverd aan die afnemers waarbij een winstgevend levering tegen een betaalbare prijs niet mogelijk is.¹⁰

Universele dienstverplichtingen worden opgelegd, omdat concurrentie en de vrije markt niet altijd voor voldoende voorzieningszekerheid van bepaalde goederen of diensten zorgen. Telefoon, gas en elektriciteit zijn essentieel voor het dagelijks leven en als de concurrerende markt deze diensten niet levert aan degenen die zich op een locatie bevinden die niet interessant is voor het bedrijf dat levert, of aan degenen met een beperkt inkomen, dan is regulering noodzakelijk om tenminste het minimumpakket aan diensten veilig te stellen.¹¹

Universele dienstverplichting is een begrip dat wordt gebruikt in EG-verband. Tot nog toe zijn universele dienstverplichtingen gereserveerd voor sectoren die worden geliberaliseerd en waar men vreest dat de voorzieningen niet worden gegarandeerd in een vrije markt. De afhankelijkheid van diensten en producten die bij contractdwang een rol speelt, beperkt zich echter niet tot universele dienstverplichtingen. Zo is in hoofdstuk 6 aangegeven dat er verzekeringen bestaan, die van zo groot belang worden geacht, dat eenieder in de samenleving deze zou moeten kunnen afsluiten. De ziektekostenverzekering is daar het meest in het oog springende voorbeeld van.

9 HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91P en C- 242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE). Zie daarover nader hfdst. 7, par. 2.2.2.4.

10 Zie nader hfdst. 2, par. 4.

11 Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, COM (2003)270 def., punt 1.2.

De afhankelijkheid die bestaat ten aanzien van vrije beroepsbeoefenaren is evenmin gekoppeld aan het begrip universele dienstverlening. De afhankelijkheid van de juridische beroepsbeoefenaren komt voort uit de noodzaak toegang tot hun diensten te verkrijgen om bepaalde rechtsgevolgen tot stand te kunnen brengen, een proces te kunnen voeren, of tot executie te kunnen overgaan. De afhankelijkheid van de diensten van een arts heeft nog een andere dimensie: medische zorg kan worden gekwalificeerd als een van de meest noodzakelijke levensbehoeften, waarbij het gebrek aan alternatieven een rol speelt. Heeft men geen toegang tot een arts of weigert de arts te behandelen, dan kan dat zeer verstekkende consequenties hebben. Het gaat hierbij, zoals we ook bij andere vormen van verplichte dienstverlening hebben gezien, om de combinatie van noodzakelijke diensten (in het geval van een arts: noodzakelijke medische zorg) en de noodzaak van toegang tot de dienstverlener (in dit geval vanwege de specifieke deskundigheid van de arts).¹²

2.3 Ten onrechte gemaakt onderscheid

In gevallen van directe contractdwang is vooral de in de vorige paragraaf genoemde ratio, machtsonevenwicht, aan de orde. In sommige gevallen is dat ook de ratio achter gevallen van indirecte contractdwang, zoals bij indirecte contractdwang die wordt opgelegd vanwege misbruik van machtspositie (art. 82 EG-Verdrag). Voor de gevallen van indirecte contractdwang waar het niet gaat om machtsonevenwicht, is de ratio enigszins diffuus. Dat komt doordat indirecte contractdwang in een concreet geval wordt opgelegd, waarbij de rechter¹³ een belangenafweging maakt. Alle omstandigheden van het geval spelen daarbij een rol. Het gaat om een reactie op een normoverschrijding: de contracteerplicht wordt opgelegd omdat de weigering niet was toegestaan. De weigering levert derhalve een normoverschrijding op. Uit de gevallen van indirecte contractdwang, waarbij niet machtsonevenwicht de ratio is, komt voor wat betreft die normen het volgende beeld naar voren. Het gaat in de eerste plaats om discriminatie. Voorts wordt contractdwang ook opgelegd bij willekeurige weigeringen, waar discriminatie (naar bijvoorbeeld ras, sekse of geloof) niet aan de orde is, of niet kan worden aangetoond, maar wel duidelijk is dat zonder gegronde reden de ene potentiële contractant anders wordt behandeld dan de ander. Daarbij speelt soms ook een rol dat er een openbaar aanbod is gedaan. Dat openbaar aanbod geldt in beginsel jegens eenieder, dus mag zonder goede reden niemand worden geweigerd. Een verzekeraar die op kennelijk onredelijke gronden een aspirant-verzekerde weigert, schaadt de goede naam van het verzekeringsbedrijf, maar er hoeft geen sprake te zijn van discriminatie. Ook de eigenaar van een hotel die een makelaar vanwege

¹² Zie hfdst. 5, par. 5.4.

¹³ Of een andere instantie, zie daarover nader hfdst. 10.

een ruzie de toegang tot zakelijke bijeenkomsten in dat hotel weigert, discrimineert niet maar moet toch toegang verschaffen, omdat hij zijn openbaar aanbod gestand moet doen.¹⁴

De ratio kan dus worden omschreven als: het ten onrechte maken van onderscheid, waarbij de reden om dat onderscheid te maken in het midden blijft. Dat kan dus discriminatie zijn, maar kan ook een ruzie als achtergrond hebben. Het is niet gezegd dat andere rationes niet (zullen) voorkomen. Zoals gezegd gaat het bij indirecte contractdwang om een belangenafweging in een concreet geval en daarbij kan in principe dus iedere normoverschrijding leiden tot contractdwang.

2.4 Slachtofferbescherming

Ten derde kan slachtofferbescherming de ratio van contractdwang zijn. Dit heb ik in één groep gevallen aangetroffen, namelijk bij de verplichte verzekering. Zowel bij de WAM als bij de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen is slachtofferbescherming de reden van het opleggen van een verplichte verzekering. Bij de verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen kan men niet direct van slachtofferbescherming spreken, maar de gedachte is toch dat indien er een fout wordt gemaakt, de cliënt daar niet financieel de dupe van wordt, en dat bovendien het aanzien van het beroep niet wordt geschaad doordat de financiële consequenties van zo'n fout niet kunnen worden gedragen. Zouden er andere verplichte verzekeringen worden ingevoerd, dan hoeven die niet de ratio van bescherming van de andere partij te hebben. Met name waar gepleit wordt voor invoering van 'first party' verzekeringen geldt dat niet. Daar is het juist de bedoeling dat degene die het risico loopt (grote) schade te lijden zichzelf daartegen beschermt.

3 BESCHIKBAARHEID VAN WELKE PRODUCTEN OF DIENSTEN RECHTVAARDIGT CONTRACTDWANG?

Als algemene stelling kan niet gelden dat contractdwang louter dient te bestaan ten aanzien van levensnoodzakelijke goederen of diensten. Een illustratie daarvan vormt de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag bij leveringsweigering. Contractdwang opgelegd op grond van artikel 82 EG-Verdrag heeft met name te maken met het feit dat de toegang tot bepaalde faciliteiten wordt geblokkeerd (bij de essential facilities doctrine), of dat anderszins misbruik van machtspositie wordt gemaakt waarbij de mededinging wordt beperkt. Daarbij speelt de vraag of de dienst of het goed dat wordt geweigerd levensnoodzakelijk is voor eindgebruikers geen rol. Er zijn voorbeelden van leveringsweigerin-

14 Zie resp. hfdst. 6, par. 2.2.2.2 en hfdst. 8, par. 3.3.4.3.

gen van suiker, van bananen en van gegevens over tv-programma's,¹⁵ hetgeen geen producten zijn die op zichzelf noodzakelijk zijn.

Een ander voorbeeld is contractdwang die wordt opgelegd omdat er sprake is van discriminatie. Eén van de voorbeelden die aan de orde is gekomen, is de weigering toegang te verlenen tot horecagelegenheden. Toegang tot een horecagelegenheid is niet een noodzakelijke dienst. De contractdwang heeft dan ook niet te maken met de toegang tot een noodzakelijke dienst, maar is een reactie op discriminatie door de uitbater.

Dat neemt niet weg dat het relevant is de vraag te stellen welke producten of diensten zo belangrijk zijn, dat het opleggen van contractdwang om de verkrijgbaarheid ervan zeker te stellen, gerechtvaardigd kan zijn. Contractdwang is een vergaande inbreuk op de contractvrijheid. Eén van de mogelijke rechtvaardigingen daarvoor is dat de contractdwang nodig is om de beschikbaarheid van bepaalde goederen en diensten veilig te stellen. De vraag kan worden gekoppeld aan de vraag welke diensten zo belangrijk zijn dat ze voor universele dienstverlening in aanmerking komen, met dien verstande dat niet iedere noodzakelijk geachte dienst tot het opleggen van een universele dienstverplichting leidt.

Energievoorziening, post, telecommunicatie en openbaar vervoer worden van dusdanig belang geacht dat contractdwang voorkomt. Het gaat hierbij om diensten die nodig zijn om in het maatschappelijk verkeer te kunnen functioneren, en waarvan bij sommige zelfs van eerste levensbehoeften kan worden gesproken.

De waardering van wat noodzakelijke goederen en diensten zijn, verandert in de tijd. Dit heeft te maken met de toename van welvaart en met technologische ontwikkelingen. Van tevoren is niet te voorspellen welke goederen en diensten essentieel gevonden zullen worden. Waarschijnlijk zijn het er steeds meer. Dat zou kunnen leiden tot een toename van het aantal gevallen van contractdwang. En misschien verdwijnt er ook contractdwang: het zou kunnen dat over honderd jaar fysieke postbezorging volledig achterhaald is. Het Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang spreekt over de universele dienst als een dynamisch concept, waarbij rekening kan worden gehouden met politieke, sociale, economische en technologische ontwikkelingen.¹⁶

Het feit dat de beschikking over een bepaald goed of een bepaalde dienst als noodzakelijk wordt beschouwd, wil niet zeggen dat dan ook contractdwang voorkomt. Zo bestaat in het buitenland contractdwang voor banken,¹⁷ in

¹⁵ Zie hfdst. 7.

¹⁶ Zie punt. 3.1 van het Groenboek, COM (2003)270 def.

¹⁷ In Frankrijk, Portugal, de VS, verschillende deelstaten van Duitsland (voor Sparkassen. In Duitsland bestond ook contractdwang voor Postbank AG, maar die is in 1996, toen de Postbank werd geprivatiseerd en losgemaakt van het postbezorgingsbedrijf, afgeschaft); Van Ravenhorst 1991, p. 218 en 219. In Frankrijk staat dit in art. 58 van Loi nr. 84-46 du

Nederland niet. Toch wordt een verplichting tot het openen van louter een betaalrekening voor banken ook in Nederland verdedigbaar geacht, omdat het zou gaan om een publieke taak van de banken¹⁸ en omdat men toegang tot een betaalrekening nodig heeft om volwaardig deel te kunnen nemen aan het maatschappelijk leven. Hoewel er geen contractdwang wordt opgelegd, bemoeit de wetgever zich wel met enige regelmaat met de toegankelijkheid van bancaire diensten. De banken zijn op allerlei terreinen overgegaan tot zelfregulering, vaak onder dreiging van wetgeving of onder druk van de publieke opinie. Tot contractdwang is het (daarom) nooit gekomen.¹⁹

Het voorbeeld van de bank laat zien dat er terreinen zijn waarop contractdwang denkbaar is en ook gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Vaak is echter de dreiging van ingrijpen door de wetgever voldoende om de branche ertoe te bewegen tot zelfregulering over te gaan. Ook in de verzekeringssector is zelfregulering het duidelijke alternatief voor contractdwang.

4 TOTSTANDKOMING EN UITVOERING CONTRACT

Het vereiste van wilsovereenstemming staat niet in de weg aan de totstandkoming van een overeenkomst onder contractdwang.²⁰ Contractdwang leidt

24 janvier 1984 modifiée relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit; Hondius 2001, p. 466; Kaiser 2003.

18 Bakkerus 2000, p. 40, nt. 14.

19 Voorbeelden van zelfregulering: convenant tussen verscheidene grote banken in 2001 inzake een pakket primaire bankdiensten, dat zij aanbieden aan iedere meerderjarige met een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland dan wel met een postadres bij een erkende hulpverlenings- of overheidsinstantie, die zich conform de Wet identificatie bij financiële dienstverlening kan legitimeren. Voorts werd, na een aanvankelijke weigering, in onderling overleg tussen ING, ABN Amro en Rabobank, besloten om prostituees de mogelijkheid te bieden een zakelijke rekening te openen. (*De Volkskrant* van 5 september 2001). Zij voeren een legaal bedrijf, maar de banken wilden niet geassocieerd worden met bordelen. Nadat een belangenvereniging voor prostituees een klacht bij de Commissie Gelijke Behandeling had ingediend, is besloten toch de mogelijkheid te bieden een zakelijke rekening te openen. Voorts is onder druk van het indienen van een wetsvoorstel om de Postbankwet te wijzigen (om te voorkomen dat loketten werden vervangen door geldautomaten) door de Postbank bekend gemaakt dat ieder dorp met minimaal vijfhonderd Postbank klanten een geldservicepunt krijgt. Zie o.a., *Kamerstukken II* 2001/02, 21 693, nr. 57; Brief van de Staatssecretaris van V&W 22 maart 2001, 22 maart 2001, *Kamerstukken II* 2000/01, nr. 54; Brief van de Minister van Financiën 4 oktober 2002, *Kamerstukken II* 2002/03, 27 863, nr. 10. De Nederlandse Vereniging van Banken heeft gezorgd dat de grote banken inmiddels een opnameservice aanbieden waardoor toch geld kan worden opgenomen bij de balie, speciaal voor ouderen en gehandicapten waarvoor geldopname bij de geldautomaat en internetbankieren een probleem is. Brief Minister van Financiën van 2 december 2002, *Kamerstukken II* 2002/03, 27 863, nr. 12. In maart 2002 werden kamervragen gesteld over de weigering van banken om nog langer klanten in verpleeghuizen en verzorgingshuizen te bezoeken. Naar aanleiding daarvan gingen de ouderenbonden met de Nederlandse Vereniging van Banken overleggen over een door de banken te ondertekenen protocol.

20 Zie hfdst. 8.

dus niet tot een probleem op het niveau van de totstandkoming van de overeenkomst. In de praktijk worden (rechts)verhoudingen die onder contractdwang tot stand zijn gekomen beschouwd als overeenkomsten, ook door de partijen op wie de contractdwang rust. Contractdwang verplicht soms tot het doen van een openbaar aanbod, zodat niet gezegd kan worden dat contractdwang louter betekent het niet mogen weigeren van het sluiten van een contract indien daarom wordt verzocht. Bovendien komt ook contractdwang voor waarbij de contracteerplicht niet op de aanbieder van de goederen of de diensten rust, maar op de vragende partij. Dit is het geval bij verplicht af te sluiten verzekeringen.

Contractanten op wie een contracteerplicht rust, ondervinden vervolgens ook regelmatig beperkingen in de mogelijkheid om bevoegdheden als opschorting, ontbinding en opzegging te gebruiken.²¹ De aard van de overeenkomst, de afhankelijkheid van de wederpartij en de machtige positie van de partij die over wil gaan tot uitoefening van zijn contractuele bevoegdheden, maakt dat er soms meer terughoudendheid moet worden betracht dan in andere overeenkomsten of met andere partijen.

De mogelijkheid om op te schorten, te ontbinden of op te zeggen is met name in de energieleveringsovereenkomst, in de geneeskundige behandelingsovereenkomst, in de verzekeringsovereenkomst en in de overeenkomst van opdracht met juridische beroepsbeoefenaren beperkt. In de twee laatstgenoemde gevallen wordt ook de mogelijkheid van een beroep op overmacht beperkt. Bij het openbaar vervoer, de postbezorging en de vaste telefonie bestaan geen bijzondere beperkingen om de verschillende acties in te kunnen stellen. Sterker nog, er bestaan bijzondere mogelijkheden om met name de aansprakelijkheid van de dienstverlener te beperken.

5 EFFECTUERING VAN CONTRACTDWANG

Directe contractdwang valt makkelijker te effectueren dan indirecte contractdwang, daar het gaat om een duidelijk omschreven contracteerplicht die meestal in een wetsbepaling staat opgenomen. De uitgangspositie is anders dan bij indirecte contractdwang, waarbij over het algemeen een open norm moet worden ingevuld, die dan kan blijken contractdwang met zich mee te brengen in het concrete geval.

De bewijspositie bij directe contractdwang is dan ook anders: uitgangspunt is immers de contractdwang en de uitzondering dient te worden aangetoond. Bij indirecte contractdwang dient te worden aangetoond dat in dit concrete geval de norm verplicht tot contracteren. Uiteindelijk geldt voor beide vormen van contractdwang dat de contractdwang in dit specifieke geval aangewezen moet zijn, maar dat zal in het geval van directe contractdwang sneller het geval

21 Zie hfdst. 9.

zijn dan bij indirecte contractdwang. Bovendien is vaak de contracteerplichtige en de aard van de te leveren prestatie ook vastgelegd, zodat duidelijk is waarop men precies recht heeft. En tot slot wordt directe contractdwang vrijwel steeds in een wettelijke bepaling neergelegd, die derhalve in rechte inroepbaar is. Bij indirecte contractdwang spelen schriftelijke bepalingen die niet voor een ieder gelding hebben alsook ongeschreven normen een rol.

De gang naar de burgerlijke rechter is algemeen gesproken het meest effectief als het gaat om het afdwingen van contractdwang. Dit komt door de combinatie van de gemakkelijke toegang en het beschikbare sanctiearsenaal. De toegang is gemakkelijk, omdat het niet nodig is om bijvoorbeeld geadresseerde van een besluit te zijn. Tegen een weigering te contracteren kan geadresseerd worden op basis van verschillende rechtsgronden: wanprestatie, onrechtmatige daad, het niet-naleven van een wettelijke bepaling. Hierbij zij aangetekend, dat een civiel proces kostbaar en langdurig kan zijn. De bewering dat de gang naar de burgerlijke rechter het meest effectief is als contractdwang moet worden afgedwongen, geldt dan ook binnen de context van het verplicht gesloten contract. Als er sprake is van contractdwang, en de vraag is hoe die geëffectueerd kan worden, dan is de burgerlijke rechter algemeen gesproken het meest effectieve forum. Dat neemt niet weg, dat contractdwang als zodanig als instrument in het geheel niet het meest effectief hoeft te zijn.²²

Geschillencommissies hebben als voordeel dat ze laagdrempeliger zijn, minder kosten maken en een uitspraak tot contractsluiting tot de mogelijkheden behoort. Ze zijn er echter niet op ieder gebied. Maar als er een is, kan contractdwang vaak nog beter daar worden geëffectueerd dan bij de burgerlijke rechter. Dit geldt ook voor de speciaal ingestelde wettelijke Beroepscommissie Wtz.

Het tuchtrecht is niet effectief als het gaat om contractdwang, omdat de handhavingsmechanismen tekort schieten. De beroepsbeoefenaar krijgt een waarschuwing of wordt berispt, maar een contracteerplicht kan niet worden opgelegd.

Mededingingsautoriteiten zijn minder effectief als het gaat om contractdwang, hoewel een aanzienlijk deel van de contractdwangzaken daar wel terecht lijkt te komen. Feitelijk zijn ze dus heel belangrijk. Het minder effectieve zit erin dat de klager zelf weinig invloed kan uitoefenen op 'zijn' zaak. Er kan een klacht worden ingediend, maar daar zijn drempels aan verbonden: men dient belanghebbende te zijn en dat wordt niet heel ruim uitgelegd. Bovendien hoeven de autoriteiten de klacht niet te laten volgen door een onderzoek. Belangrijker lijkt daarom het feit dat de normen van artikel 82 EG-Verdrag en artikel 24 Mw voor de rechter in een civiel geding zijn in te roepen. De civielrechtelijke rechtsbescherming is dus wat toegang tot een 'handhaver' van het mededingingsrecht betreft (in dit geval is dat de rechter) bepaald laagdrempeliger te noemen. Echter, een groot nadeel van met name het kort

22 Zie daarover dit hfdst., par. 6.

geding is dat deze procedure zich niet leent voor ingewikkelde mededingingsrechtelijke zaken. Dat komt doordat een diepgravend feitenonderzoek veelal nodig is om bijvoorbeeld de relevante markt af te kunnen bakenen, de tijd daarvoor vaak te kort is en bovendien niet iedere rechter doorkneed is in het (communautaire) mededingingsrecht.

Sectorspecifieke toezichthouders zijn in die zin effectief, dat zij bij uitstek deskundig zijn op het terrein waarop zij opereren. De bevoegdheden van de toezichthouders zijn echter beperkt, want afhankelijk van de specifieke wet waarop zij toezicht houden. Daarbij is (nog) niet altijd duidelijk hoever de bevoegdheden reiken en dus is evenmin altijd duidelijk in welke gevallen contracteerplichten kunnen worden opgelegd.

6 EFFECTIVITEIT CONTRACTDWANG

6.1 Inleiding

In dit boek is bij ieder geval van contractdwang bekeken wat de ratio van het opleggen van contractdwang in dat geval was. Uit die inventarisatie blijken de argumenten waarmee het opleggen van contractdwang wordt gerechtvaardigd. Zo wordt contractdwang opgelegd om de toegang tot bepaalde infrastructuur of netwerken mogelijk te maken, of om de beschikbaarheid van belangrijke diensten of goederen voor eenieder te waarborgen. Het opleggen van contractdwang dient dus een bepaald doel. De rechtvaardiging van het opleggen van contractdwang in een bepaald geval is sterker indien niet alleen het doel wordt aangegeven, maar ook vastgesteld kan worden dat het doel wordt bereikt. Idealiter zou ook nog vastgesteld worden dat contractdwang niet vervangen kan worden door een even effectief instrument dat minder inbreuk maakt op de contractvrijheid.

De rechtvaardiging van contractdwang in termen van effectiviteit is echter in deze studie niet te vinden. Men zou dan onderzoek moeten doen naar de uitwerking van verschillende beleids- en wetgevingsinstrumenten, die men vergelijkt op onderling resultaat. Omdat veel contractdwang een uitvloeisel is van Europees mededingingsbeleid, zouden ook onderzoeken naar de effecten van dat beleid nodig zijn. Dergelijke onderzoeken bestaan wel, maar ze verschaffen weinig duidelijkheid.²³ Er bestaat wel consensus over het feit dat

23 Faull & Nikpay 1999, p. 5-8 en 24-25; Slot 2004, p. 446-447; Hopt 2002, p. 305-306; Noll 1991, p. 62-63; Van Velthoven & Van Wijck 2001, p. 271. Studies en artikelen zijn o.m.: Speck & Mulder 2003 (CPB studie naar mededinging op de Europese energiemarkten); Rapport Europese Commissie 1996 'Economic evaluation of the internal market'; Rapport Europese Commissie 1999 'Liberalisation of network industries. Economic implications and main policy issues'; Huisman & Huurman 2004 over de liberalisering van de elektriciteitsmarkt; Rapport van SEO, Kok e.a., *Tante Pos krijgt concurrentie, Effecten van de liberalisering van de postmarkt*, Amsterdam 2003; De Bijl, Van Damme & Larouche, TILEC (Tilburg Law and Eco-

er markten zijn die hun werk niet doen en waar derhalve moet worden ingegrepen, maar hoe er dan het beste kan worden ingegrepen is niet duidelijk.

Een en ander neemt niet weg, dat in algemene termen wel iets gezegd kan worden over contractdwang als onderdeel van de regulering zoals ik die heb aangetroffen.

6.2 Marktfalen

In een aantal gevallen waarin contractdwang voorkomt, correspondeert dit met de economische theorie dat regulering (waarvan in dit geval de contractdwang deel uitmaakt) kan worden ingezet als remedie tegen marktfalen.

In de eerste plaats komt contractdwang voor in gevallen waarin sprake is van een monopolie. Het is een algemeen aanvaarde economische notie dat een monopolie nadelige effecten heeft. De markt bewerkstelligt bij het bestaan van een monopolie niet het meest efficiënte resultaat. In de sectoren post, energie, telecom en openbaar vervoer is marktfalen ontstaan door het bestaan van monopolies. Die monopolies worden zoveel mogelijk afgeschaft (liberalisering). Bij een natuurlijk monopolie is opheffen van het monopolie geen economisch efficiënte optie. Door regulering probeert men dan de nadelige effecten van een monopolie, zoals de mogelijkheid om een monopolistische prijs te stellen, tegen te gaan.²⁴

Ten tweede komt contractdwang voor op de markt voor vrije beroepsbeoefenaren. Ook op deze markt komt marktfalen voor en wel door informatie-asymmetrie.²⁵ Dit is evenmin economisch efficiënt en kan dus leiden tot regulering.²⁶

Informatie-asymmetrie wil zeggen dat de vraagzijde van de markt geen goed beeld heeft van de prestaties van de beroepsbeoefenaren. De dienstverlener is zo gespecialiseerd, dat de cliënt noch vooraf, noch achteraf in staat is te beoordelen of er goede kwaliteit is geleverd. Bij beroepsbeoefenaren wordt in dit verband wel gesproken van een vertrouwensgoed. Doordat de cliënt de kwaliteit van de geleverde dienst niet kan beoordelen gaat de kwaliteit van de totale beroepsuitoefening achteruit. De beroepsbeoefenaar wordt door zijn cliënt niet op zijn werk aangesproken, omdat de cliënt dat werk niet op zijn merites kan beoordelen. Ook kan de kwaliteit achteruit gaan, omdat de

nomics Center), *Op weg naar een vrije postmarkt*, 2003; Van Ooststroom 1999 over marktwerking en regulering bij spoorwegen.

24 Noll 2001, p. 36-37; Prosser 1997, p. 11-12; Basedow 2002, p. 6; Bishop & Walker 2002, p. 17 en 21-23.

25 Schäfer & Ott 2000, p. 97-98 en 471-472; Noll 2001, p. 36-37; Baarsma, Mulder & Teulings 2004, kernpunten; Van den Bergh 1993, p. 35; NYFER 1997; Maks, Faure & Philipsen 2000, p. 5; Prosser 1997, p. 11-12; Bruinsma 2002, p. 555 e.v.

26 Noll 2001, p. 36-37; Prosser 1997, p. 11-12; Basedow 2002, p. 6; NYFER 1997; Maks, Faure & Philipsen 2000, p. 5. Zie ook Bruinsma 2002, p. 553 e.v.

goede professionals uit de markt worden gedreven door collega's die hun werk niet goed verrichten. Deze kunnen lagere prijzen vragen en de cliënt heeft niet door dat het werk onder de maat is.

Overigens is op de informatie-asymmetrie ook kort gewezen bij de bespreking van de problemen bij de liberalisering van de taxibranche.²⁷ De klant kan achteraf wel vaststellen dat de chauffeur de weg niet kende, maar kan dat vooraf niet aan de taxi zien. De klant heeft dus veel meer keuze dan voorheen, er rijden meer taxi's dan vroeger, maar hij kan de keuze niet maken wegens gebrek aan informatie vooraf. Bij de beroepsbeoefenaren kan ook vaak achteraf de kwaliteit niet worden beoordeeld.

Zowel in het geval van het bestaan van monopolies in een markt, als op de markt van de beroepsbeoefenaren, zijn de economen het erover eens dat er sprake is van marktfalen. De markt doet zijn werk zelf niet. De vraag is dus niet zozeer of er moet worden ingegrepen, maar hoe er moet worden ingegrepen. Is regulering als zodanig de beste methode en zo ja, wat moet er dan precies gereguleerd worden?

Niet in alle gevallen van contractdwang is sprake van een monopolie of van informatie-assymetrie. Betekent dat dan ook dat het opleggen van contractdwang daar niets te maken heeft met marktfalen? In een deel van de gevallen wel. Indirecte contractdwang die wordt opgelegd bijvoorbeeld omdat er is gediscrimineerd, heeft niets met marktfalen of andere economische noties van doen. Directe of indirecte contractdwang die wordt opgelegd als vorm van mededingingsbeleid heeft wel met marktfalen te maken, al is dat verband lang niet altijd zo direct als hiervóór beschreven. In het voorgaande is het in verhouding eenvoudige model van marktfalen door het bestaan van een monopolie kort beschreven. Vaak is echter geen sprake van een monopolie, maar van een oligopolie. Ook voor dergelijke markten zijn modellen, maar dat leidt niet tot eenduidige aanwijzingen voor ingrijpen in de markt. Wel kan worden gesteld dat één van de doelen van het mededingingsrecht economische efficiëntie is. In het mededingingsrecht wordt het opleggen van contractdwang, hetzij rechtstreeks in wetgeving, hetzij indirect via de werking van het algemeen mededingingsrecht, dus steeds mede ingegeven door de gedachte dat de markt niet zelf efficiënt werkt.²⁸

6.3 Welke regulering?

Eén van de problemen bij regulering ter bestrijding van marktfalen, is dat de regels die worden ingevoerd, op hun beurt weer negatieve effecten kunnen genereren. Dit wordt wel aangeduid met de term *reguleringsfalen*. Op de markt van vrije beroepsbeoefenaren en met name bij de notarissen is bijvoor-

²⁷ Zie hfdst. 3, par. 1.3.

²⁸ Zie hierover hfdst. 7, par. 3; Bishop & Walker 2002, p. 41.

beeld een veel gehoord geluid dat de regulering de beroepsgroepen teveel beschermt, hetgeen de concurrentie en de efficiëntie niet ten goede komt.²⁹ Daarbij wordt gewezen op het verschijnsel 'rent-seeking'.³⁰ Dit wil zeggen dat beroepsbeoefenaren die goed georganiseerd zijn een effectieve lobby kunnen uitoefenen en daardoor de beroepsgroep zo kunnen organiseren dat zij hun exclusieve rechten en daarmee hun inkomsten beschermen.

Het risico van reguleringsfalen wordt ook onderkend bij het ingrijpen in markten die worden geliberaliseerd. Zo bestaat in Nederland op dit moment veel aandacht voor het inrichten van het toezicht op verschillende sectoren. Moet dit toezicht worden gehouden door een algemene mededingingsautoriteit, of is een specifieke toezichthouder een betere keuze? Bij die keuze is een handicap dat over de kosten en baten theoretisch wel iets bekend is, maar dat (nog) niet duidelijk is wat de daadwerkelijke kosten (inclusief de kosten van reguleringsfalen) en baten (bijv. in termen van grotere efficiëntie) zijn.³¹

Een probleem is ook dat vaak pas achteraf kan worden vastgesteld dat een bepaalde vorm van toezicht niet de gewenste effecten heeft gehad. Volgens een recent rapport kunnen de ervaringen uit de ene sector ook niet zomaar naar de andere sector worden overgezet, om daar reguleringsfalen in de toekomst te voorkomen. De sectoren hebben dusdanig specifieke eigenschappen dat dit niet goed mogelijk is.³²

Ofschoon dus veel onduidelijkheden bestaan over de effectiviteit van regulering en toezicht, mede in verband met de kosten daarvan, lijkt er wel consensus te bestaan over het feit dat eenmaal ingevoerde regulering en toezicht periodiek moet worden beoordeeld. Regulering wordt gezien als een substituuut voor mededinging, maar wel een met bijeffecten. De mogelijkheid bestaat dat regulering na verloop van tijd niet meer nodig blijkt te zijn of dat reguleringsfalen zichtbaar wordt. Zeker voor markten in overgang zou daarom na verloop van tijd door middel van marktanalyse moeten worden bekeken of sectorspecifieke regulering met bijbehorend toezicht nog nodig is, naast algemeen mededingingstoezicht.³³

29 Plug e.a 2003, p. 1-2 en p. 18-38; Kruisheer 1999, p. 39; Kocken 1997, p. 37; NYFER 1997, p. 9; Van den Bergh 1993, p. 37-42; Vgl. ook een Mededeling van de Commissie over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM(2004)83 def; zie voor het Duitse recht: Gelking 1997, p. 30-31.

30 Van den Bergh 1993, p. 33-34.

31 Visie op markttoezicht, p. 14; Achtergrondstudie Algemene Rekenkamer, Toezicht op markten, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 960 nr. 2, p. 27. De recente OXERA studie 2004 bevat een raamwerk t.b.v. de uitvoering van de analyses.

32 Janssen, Dijkgraaf & Maasland 2004, met verwijzingen naar (econometrische) studies over sectorspecifieke regelingen. Vgl. ook Hopt 2002, p. 306, met dien verstande dat hij het heeft over toezicht in zowel uiteenlopende sectoren: telecommunicatie, banken, beurzen en verzekeringen als in verschillende rechtstelsels: de EU, Duitsland en Japan.

33 Van Damme 1996, p. 42; Noll 2001, p. 42; Baselow 2002, p. 23; Visie op markttoezicht, Bijlage bij Brief van de Minister van EZ van 29 juni 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XIII,

6.4 Alternatieven voor (wettelijke) regulering

Regulering van de sectoren post, telecom, energie en openbaar vervoer gaat gepaard met contractdwang in de vorm van toegangsverplichtingen en universele dienstverplichtingen. Daar contractdwang zo'n vergaande beperking van de contractvrijheid is, is de vraag relevant of er geen minder vergaande alternatieven voorhanden zijn.

De geschiedenis van de ontwikkeling van de verschillende infrastructuurgebonden sectoren leert dat waar voorzieningen niet door de markt werden ontwikkeld, de overheid ingreep (althans vanaf het moment dat de overheid zich als behartiger van het algemeen belang ging opstellen).³⁴ De meest vergaande reactie van de overheid was de voorziening zelf te verzorgen. Dit kan door de activiteit bij de overheid zelf onder te brengen, zoals bij een gemeentelijke vuilophaaldienst het geval is. Veel wordt ook gebruik gemaakt van de methode om een publiek belang te laten behartigen door een privaatrechtelijke rechtspersoon. Daarbij kunnen problemen ontstaan, waaronder het feit dat de controle die de overheid wenst uit te oefenen op het beleid van een dergelijke onderneming niet makkelijk gerealiseerd kan worden binnen de kaders van de rechtspersoon.³⁵

Marktfalen kan en wordt ook regelmatig gereduceerd door zelfregulering. Dit is gebleken in sommige gevallen voor te komen op terreinen waar ook contractdwang kan worden verwacht. Als voorbeelden gelden de diensten die banken verrichten en de toegang tot bepaalde verzekeringen. Zelfregulering kan volgens de economische theorie een goed instrument zijn ter bestrijding van marktfalen, maar kan niet als hét alternatief voor contractdwang worden beschouwd. Zo is zij niet geschikt als het gaat om mededinging. Het doel van concurrentie verhoudt zich slecht tot zelfregulering.³⁶ Zelfregulering kent bovendien het risico dat de beroepsgroep of de sector meer reguleert dan nodig is. Zij kan de onderlinge concurrentie beperken door bijvoorbeeld hoge toelatingseisen tot het beroep te stellen.³⁷

Afgezien van de theorieën over de effectiviteit van regulering als zodanig, kan ook vanuit het perspectief van de mogelijkheid tot het afdwingen van contractdwang door het individu de vraag worden gesteld of contractdwang altijd een nuttig instrument vormt.

Contractdwang geeft de mogelijkheid om via het privaatrecht te ageren. Contractdwang geeft recht op een contract, een recht dat een individuele onderneming of een consument, geldend kan maken. Dat kenmerk van con-

nr. 50, p. 2 en p. 16, met verwijzing naar verschillende andere rapporten over toezicht. Vgl. ook hfdst. 2, par. 4.

34 Zie voor elektriciteit en gas hfdst. 2, par. 4.2, voor openbaar vervoer hfdst. 3, par. 4.1, voor post hfdst. 4, par. 1.4.

35 Scheltema & Scheltema 2004, p. 772; Van Wijnbergen 2002, p. 13-14.

36 Visie op markttoezicht, p. 6; Prosser 1997, p. 270-276.

37 Van den Bergh 1993, p. 42.

tractdwang acht ik in beginsel een pluspunt boven andere instrumenten. Het recht komt toe aan de onderneming en aan de burger. Dat stemt overeen met het bieden van de gelegenheid tot autonoom handelen, en daarmee tot zelfontplooiing. De onderneming of de burger aan wie een contract wordt geweigerd, heeft een eigen recht om daartegen op te treden.

Een belangrijke kanttekening daarbij is echter dat de toegankelijkheid van voorzieningen van openbaar nut niet louter door middel van contractdwang kan worden geborgd, althans niet als de handhaving vervolgens ook aan degene die recht heeft op het contract wordt overgelaten. Dat geldt met name in de verhouding tot de eindgebruiker. Problemen ten aanzien van slechte kwaliteit van de dienstverlening of van het product, zijn niet op te lossen door de klant het instrument contractdwang in hand te geven. Het probleem is immers vaak niet dat de betreffende voorziening wordt geweigerd, het probleem wordt gevormd door slechte kwaliteit. Ageren door iedere afzonderlijk individu op grond van de overeenkomst heeft dan weinig zin.

Ik denk dat er voor moet worden gewaakt dat het actierecht uit de overeenkomst geen excuus wordt om bepaald toezicht maar niet meer te uit te oefenen. Het is voor de consument belastend om rechten uit een overeenkomst geldend te maken: hij moet daarvoor uiteindelijk naar de rechter, hetgeen een kostbaar en langdurig traject kan zijn. Veelal zal men er de voorkeur aan geven dat de overheid, of een onafhankelijke instantie, toezicht houdt op de kwaliteit van producten en dienstverlening, maar natuurlijk ook op de beschikbaarheid ervan.³⁸

7 CONTRACTDWANG VOLDOENDE GERECHTVAARDIGD?

Zoals uit het voorgaande bleek, is moeilijk te beoordelen of contractdwang altijd gerechtvaardigd is in die zin, dat het het juiste middel is om gestelde doelen te bereiken.

Wel blijkt van een besef dat contractdwang niet lichtvaardig mag worden opgelegd. Dat blijkt uit Nederlandse rechtspraak, waar een belangenafweging plaatsvindt voordat contractdwang wordt opgelegd. Ook bij de vrije beroepsbeoefenaren is aandacht voor de vraag of het domeinmonopolie wel noodzakelijk is, en daarmee samenhangend, of de ministerieplicht zou kunnen worden afgeschaft.³⁹ Dat blijkt ook uit de discussie over de essential facilities doctrine in het mededingingsrecht. Ook bij het opleggen van toegangsverplichtingen

³⁸ Vgl. Hartlief 1999, p. 8, die vindt dat het feit dat de overheid zich terugtrekt, niet betekent dat de gaten gevuld moeten worden door het privaatrecht, nog afgezien van de vraag of het privaatrecht in staat is de rol van het publiekrecht over te nemen.

³⁹ Eindrapport Commissie Monitoring notariaat 2003, p. 26 (afschaffen ministerieplicht). Baarsma, Mulder & Teulings 2004, p. 43-48 en 62-64 (afschaffen ministerieplicht en domeinmonopolie opheffen voor familierechtpraktijk). Ook hier geldt overigens dat op laatstgenoemd rapport kritiek is en een eenduidig beeld hierover er nog niet is. De KNB noemt de

door middel van sectorspecifieke regulering is men beducht voor de gevaren van het te ruimhartig opleggen van toegangsverplichtingen. De aandacht die er is met betrekking tot het opleggen van verplichtingen, is overigens niet louter ingegeven door bekommernis met de contractvrijheid van de betreffende ondernemer. Vaak staan motieven die te maken hebben met een effectieve marktwerking voorop, maar dat betekent niet dat de contractvrijheid in het geheel geen aandacht krijgt.

Zo wordt zowel bij het opleggen van toegangsverplichtingen door middel van sectorspecifieke regulering, als bij het al dan niet opleggen van verplichtingen op grond van de essential facilities doctrine rekening gehouden met de belangen van de onderneming die de verplichting krijgt opgelegd. Het laten afnemen van verplichtingen die op voormalig monopolisten worden gelegd, zodra de markt dat toelaat, wordt daarom op zeker moment gerechtvaardigd geacht. Het opleggen van verplichtingen (waaronder contractdwang) vormt een vergaande inbreuk op de vrijheden van de eigenaren of beheerders van die infrastructuur. Het is een inbreuk op hun eigendomsrechten en op hun contractvrijheid. De belangen van de beheerder van de infrastructuur worden opzij gezet in het belang van het ontstaan van marktwerking. Het is dan rechtvaardig dat deze belangenafweging opnieuw wordt gemaakt, als de markt zich ontwikkelt. Met name in de telecommunicatiemarkt is dat de insteek in de nieuwe regelgeving.

Ook van universele dienstverplichtingen wordt gesteld dat deze alleen moeten worden opgelegd als er een reëel probleem van uitsluiting dreigt.⁴⁰ De overweging die wordt gehanteerd om voorzichtig te willen zijn met het opleggen van universele dienstverplichtingen is overigens niet uitsluitend dat verplichtingen inbreuk maken op de vrijheid van de betreffende onderneming. Er bestaat met name angst voor beperking van de mededinging. Indien te makkelijk wordt overgegaan tot het aannemen van universele dienstverplichtingen, kan dat leiden tot marktafsluiting, onder andere omdat het opleggen van zo'n verplichting gepaard kan gaan met het verlenen van een exclusieve bevoegdheid om de dienst te verrichten.

Indien discussies over de gevaren van het te ruimhartig opleggen van toegangsverplichtingen of universele dienstverplichtingen tot gevolg hebben dat verplichtingen om te contracteren minder gemakkelijk worden opgelegd, dan lijkt dat vanuit mijn uitgangspunt dat contractdwang als de meest vergaande beperking op de contractvrijheid niet licht mag worden opgelegd, winst. Dit kan echter schijn zijn. Wordt bijvoorbeeld geen toegangsverplichting gelegd op de beheerder van een bepaalde faciliteit, dan wordt diens contractvrijheid gerespecteerd. De onderneming die graag toegang wenste en daarover probeerde te contracteren daarentegen, wordt beperkt in haar mogelijkheden om te

uitkomsten van het rapport 'dwaas en kortzichtig', aldus een persbericht van 22 oktober 2004.

40 Zie hierover hfdst. 2, par. 4.3.3.4.

contracteren. Bij de kritiek op de essential facilities doctrine wordt onder andere gewezen op de beperking van de contractvrijheid van de onderneming met machtspositie. Er zijn echter ook nog andere belangen in het geding, waaronder de contractvrijheid van de ondernemingen die toegang wensen en daartoe wensen te contracteren, en in een meer verwijderd verband de belangen van de consumenten, die bij een afgesloten markt wellicht niet de producten of diensten kunnen verkrijgen die ze wensen of niet tegen de prijzen en overige voorwaarden die ze wensen.

8 TOEKOMSTIGE ONTWIKKELING CONTRACTDWANG

Directe contractdwang zal noodzakelijk blijven waar het gaat om toegang tot netwerken en overige faciliteiten waar geen marktwerking kan ontstaan.⁴¹ Directe contractdwang hoeft niet permanent te zijn met betrekking tot diensten of producten ten aanzien waarvan concurrentie op gang kan komen. Daarbij geldt dat op het moment dat de markt meer concurrerend wordt, de verplichtingen voor de partij met marktmacht kunnen afnemen. De regulering als zodanig hoeft dan niet af te nemen: deze kan zelfs gedetailleerder worden, omdat enerzijds de verplichtingen voor de aanbieders moeten afnemen, maar anderzijds de knelpunten die een verdere marktontwikkeling kunnen tegenhouden, moeten worden aangepakt.

Een concurrerende markt aan de aanbodzijde vormt bovendien geen garantie dat de voorziening overal optimaal is. Indien de aanbieders zich allen op de dichtbevolkte, en daarmee lucratieve, gedeelten van de markt storten, dan kan ondanks de concurrentie in de markt toch een gebrek in verschillende delen van het land ontstaan.⁴²

Contractdwang zal niet snel verdwijnen waar het gaat om de universele dienstverplichting. Het gaat hier om diensten die van een bepaalde kwaliteit moeten zijn, die betaalbaar moeten zijn en die ook moeten worden aangeboden als ze niet winstgevend zijn. Regulering blijft daarvoor dus noodzakelijk.⁴³ Dat geldt ook voor diensten en producten die noodzakelijk zijn om te functioneren in de maatschappij en waarvoor geen universele dienstverplichting is

41 Zie hierover hfdst. 2, par. 4. Volgens Prosser 1997, p. 277 is er geen goed alternatief voor sectorspecifieke regulering en zal zij ook niet (geheel) verdwijnen.

42 Zie bijv. hfdst. 4 over de postbezorging, waar wel concurrentie ontstaat in de stedelijke gebieden, maar niet op het platteland. Het opleggen van universele dienstverplichtingen is onder andere op deze vrees voor onvoldoende voorzieningszekerheid in geliberaliseerde markten gebaseerd. Zie hfdst. 2, par. 4.3.3.3.

43 Universele dienstverplichtingen worden opgelegd ook (of juist) als dat economisch niet efficiënt is. Zie hfdst. 2, par. 4; Vgl. ook Prosser 1997, p. 13-14, die aangeeft dat de regulering van universele dienstverplichtingen een ander type regulering is dan de regulering om toegang tot bijv. monopolies te bewerkstelligen.

opgelegd. Indien marktwerking niet voor de beschikbaarheid van dergelijke diensten of producten zorgt, zal regulering nodig zijn.

Summary

1 INTRODUCTION

This book is about *contractdwang*, which in English might be best described as the statutory or other legal duty to enter into a contract. In the vast German and Austrian literature on the subject one uses the word *Kontrahierungszwang*.

Contractdwang is a limitation of freedom of contract and, in particular, the freedom to choose if one wants to conclude a contract. The basic notion underlying this book is that a duty to enter into a contract is an exception that proves the rule. This exception requires justification, since freedom of contract, though certainly not a sacred cow, is an undeniably important principle in contract law.

A distinction can be made between direct and indirect *contractdwang*. Direct *contractdwang* can be described as an obligation to conclude a contract that is expressed in a specific legal provision. The law indicates who is subject to the obligation, for whose benefit the obligation exists, and (usually) what performance must result from the contract. In the case of indirect *contractdwang*, the requirement to enter into a contract may also arise from a legal provision but then in an indirect manner. The obligation to conclude a contract is not, in so many words, stated in a law; a norm is, however, established by a legal provision resulting in the fact that a requirement to contract is assumed. Under direct *contractdwang*, a pre-established obligation to enter into a contract exists. Under indirect *contractdwang*, the existence of an obligation to contract is established on a case-by-case basis.

2 RATIONALE

The justification for any duty to enter into a contract is, first of all, based on the rationale for it, which is derived from an analysis of the various cases involving a duty to enter into a contract.

Firstly, a duty to enter into a contract regularly occurs in cases where there is an imbalance of power. This imbalance is caused by a combination of factors that, roughly speaking, reflect the dominant (economic) position of certain undertakings or professionals, as well as the fact that the services or goods offered by the dominant parties are extremely important for other undertakings or consumers.

The possession of a monopoly position is not, by definition, in conflict with competition law, although it certainly results in market dominance. It is furthermore not by chance that the markets in which (state) monopolies were active (i.e. energy, transportation, mail delivery and telecommunications) are precisely the ones now being or having been liberalised. The regulation in these sectors and, in particular, the compulsory nature of the contractual relations existing in them reflects a desire to make it possible for others to access infrastructure, not just the former monopolies.

Moreover, the dominant position that liberal professionals can obtain specifically involves the exclusive competences that this professional group has; its members possess a legal monopoly over the performance of certain services.

As a second factor that determines an imbalance of power, there is the degree of dependence on the services or products involved. The greater the importance of the service or products for the person who wants to enter into a contract for them or, in a general sense, for society at large, the greater this dependence is. The concept of public service obligations in EU law is based on this. However, the dependence on services and products is not limited to these public service obligations. It has, for example, been affirmed that some existing forms of insurance are of such great importance that everyone in society must be able to acquire them. Also, the present dependence on certain liberal professionals is not linked to the notion of public service obligations. The dependence on legal professionals arises from the need to gain access to their services in order to realise certain legal consequences, to undertake legal action, or to proceed to execution. The dependence on a doctor's services has still another dimension; medical care can be qualified as one of the most necessary requirements of life, one for which a lack of alternatives is certainly an issue.

Cases involving direct *contractdwang* are, in particular, motivated by the above-mentioned rationale: the imbalance of power. This is also the motivation behind some cases in which a duty to enter into a contract is imposed as a result of the abuse of a dominant position (Article 82 of the EC Treaty). For instances of indirect *contractdwang* that do not involve any imbalance of power, the rationale is diffuse. This diffuseness is due to the fact that the duty to enter into a contract is imposed in a concrete case in which a court or other authority undertakes a balancing of interests. Such duty to enter into a contract responds to a transgression of norms; the establishment of a contract is made compulsory because its refusal is not permitted. Predominantly, this issue involves discrimination. However, a requirement to contract is also imposed in cases of arbitrary refusals in which discrimination is not really involved or cannot be demonstrated, although it is clear that one potential contracting party is treated differently from another for no substantial reason. In addition, the existence of a public offer sometimes also plays a role in this regard. Such a public offer is, in principle, available to everyone, and no one may therefore be refused

without good reason. The rationale can consequently be described as follows: the making of illegal distinctions in which the reason for making such distinctions remains unclear.

Finally, victim protection can also be a reason for imposing a duty to enter into a contract. I have encountered this in one group of cases, those involving compulsory insurance.

3 THE AVAILABILITY OF WHICH PRODUCTS OR SERVICES JUSTIFIES IMPOSING A DUTY TO ENTER INTO A CONTRACT?

As a general principle, it is not true that a duty to enter into a contract must only occur when goods or services necessary for life are involved. An illustration of this point is provided by the application of article 82 of the EC Treaty to refusals to supply. Any duty to enter into a contract imposed on the basis of article 82 of the EC Treaty specifically responds to the fact that the access to certain facilities is being blocked or that some other abuse is being made of a dominant position in order to restrict competition. In this regard, the question of the service's or good's necessity for life does not come into consideration. There are examples of refusals to supply sugar, bananas and information about TV programmes, all products that are not in themselves necessary.

This does not deny the relevance of asking if the products and services are so important that an obligation to enter into a contract can be justifiably imposed in order to ensure their availability. The energy supply, mail services, telecommunication and public transportation are, in any case, regarded as being of such importance that a duty to enter into a contract exists. They are services that are necessary for the functioning of the social and economic spheres and that can even be viewed by some as primary necessities for life. Certain types of insurance and professional services are also of such importance that a duty to enter into a contract exists regarding them. The determination of which services and goods are those which everyone needs to have at their disposal varies over time.

4 THE EXISTENCE AND PERFORMANCE OF A CONTRACT

The requirement of consensus does not preclude the conclusion of a contract under compulsion. A duty to enter into a contract does not therefore result in problems on the level of an agreement's conclusion. In practice, (legal) relations originated under a duty to enter into a contract are regarded as contracts, even by the parties subjected to such duty. A duty to enter into a contract sometimes goes along with the requirement of making a public offer, so it cannot be argued that this duty merely means the impossibility to refuse

the conclusion of a contract upon the request to do so. Moreover, duties to enter into a contract also occur in situations where this duty does not apply to the provider of the goods or services but to the party requesting them. Such is the case when an obligation to acquire insurance is involved.

In addition, the contracting parties subject to a duty to enter into a contract regularly encounter restrictions on their capacities to exercise such rights as to withhold performance or to terminate the contract.

5 IMPLEMENTING A DUTY TO ENTER INTO A CONTRACT

Direct *contractdwang* is easier to implement than indirect *contractdwang*, as the former involves a clearly described obligation that is usually recorded in a legal provision. The basis is different from that underlying indirect *contractdwang*, which generally requires a public norm to be fleshed out in order to demonstrate that it entails compulsory contractual relations in a given concrete case. This also makes the burden of proof different from cases involving direct *contractdwang*, in which the requirement to contract is after all assumed, and the exception from it has to be demonstrated. In a case involving indirect *contractdwang*, it has to be shown that, in the given concrete case, the norm compels entry into a contract.

6 THE EFFECTIVENESS OF A DUTY TO ENTER INTO A CONTRACT

A duty to enter into a contract establishes for the other party the right to a contract, a right that an individual undertaking or consumer can enforce. In principle, I view this feature of the duty to enter into a contract as an advantage over other instruments. The right is granted to the undertaking and to the citizen, a practice that can be identified as a provision of opportunity for independent action and, consequently, for self-development.

It should be noted, however, that the accessibility to public utility services cannot merely be guaranteed by requiring contracts to be provided, at least not when enforcement is then also left to the party that is entitled to enter into a contract. This is especially the case in the relationship with the end user. Problems involving poor quality of service or product are not resolvable by providing the client with the instrument that compels the provision of a contract. After all, the problem does not often involve a refusal of such provision but arises on account of the poor quality of its fulfilment. Action by each private individual on the basis of the agreement then makes little sense.

In my view, care must be taken that the right to legal action arising from the contract does not become an excuse to discontinue certain inspections. It is difficult for the consumer to enforce rights stemming from an agreement; he or she must ultimately go to court in order to do this, a process that can

be long and costly. In most cases, it would be preferable if the authorities or an independent agency monitored the quality of the products and services, along with the availability of them.

7 IS THE DUTY TO ENTER INTO A CONTRACT SUFFICIENTLY JUSTIFIED?

The notion exists that a duty to enter into a contract must not be imposed too rashly. This is demonstrated in Dutch case law, where a balancing of interests occurs before the duty is imposed. In the liberal professions, attention is also paid to the question whether the exclusive competences are actually necessary, and associated with this issue, whether the duty to enter into a contract to which these professions are subject can be abolished. In imposing access requirements by means of sector specific regulations or on the basis of the essential facilities doctrine, there is also apprehension about the danger that such imposition could become overly generous.

8 FUTURE DEVELOPMENTS CONCERNING THE DUTY TO ENTER INTO A CONTRACT

Direct *contractdwang* will remain necessary in cases involving access to networks and other facilities in which competition will not develop. Direct *contractdwang* need not be permanent in regards to services and products in which competition can develop. Furthermore, when the market becomes more competitive, the obligations on the dominant parties can diminish.

The duty to enter into a contract will not quickly disappear in areas involving public service obligations. These encompass services that must be of a certain quality, affordable, and offered even if they are not profitable. Regulation of them continues therefore to be necessary.

Lijst van aangehaalde literatuur

Advies Commissie van Delden 1997

Gericht verplicht, Advies van de Commissie herijking omvang verplichte procesver-
tegenwoordiging (Commissie van Delden), Den Haag: Ministerie van Justitie,
Directie Rechtsbijstand en Juridische Beroepen, 1997.

Advies ICER 2001

Europeesrechtelijke aspecten van het stelsel van ziektekostenverzekeringen, Advies van
de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), werkgroep zorgstelsel
van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2001.

Adviesrapport Raad voor V&W 2004

Raad voor Verkeer en Waterstaat, *Hoezo marktwerking...? Over de borging van publieke
belangen en effectief trajectmanagement bij veranderingen in de marktordening van vitale
infrastructuurgebonden sectoren*, adviesrapport 2004.

Advies van de Raad voor V&W 2000

Raad voor Verkeer en Waterstaat, *Een postmarkt zonder grenzen*, advies 2000.

Van den Akker 2001

E.J.A.M. Van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss. Tilburg),
Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Akyürek-Kievits 1998

H.E. Akyürek-Kievits, *Tussen protectie en concurrentie. Marktwerking of regulering voor
bedrijven met een taak van algemeen belang* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

Albers 2002

M. Albers, 'Energy liberalization and EC competition law', *Fordham International
Law Journal* 2002, p. 909-945.

Ammerlaan & Van Boom 2003

V.C. Ammerlaan & W.H. van Boom, 'De Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij
voor Terrorismeschaden en de rol van de overheid bij het vergoeden van terreur-
schade', *NJB* 2003, p. 2330-2339.

Areeda 1989

P. Areeda, 'Essential facilities: an epithet in need of limiting principles', 58 *Antitrust
L.J.* 1989, 841.

Arnbak & Mulder 2000

J. C. Arnbak & M.S. Mulder, 'Regels en toezicht op telecommunicatiemarkten', in:
H.J. de Ru & J.A.F. Peters (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen
over de juridische aspecten van regulering*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 107-121.

Asscher-Vonk & Groenendijk 1999

I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk, *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een
juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag:
Sdu uitgevers 1999.

- Asser/Abas 2004 (5-IIA)
 P. Abas, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IIA. Huur*, Deventer: Kluwer 2004.
- Asser/Clausing/Wansink 1998 (5-VI)
 P. Clausing & J.H. Wansink, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
- Asser/Hartkamp 2001 (4-II)
 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Asser/Hartkamp 2002 (4-III)
 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.
- Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994 (5-III)
 S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- Atiyah 1979
 P.S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford: Clarendon Press 1979.
- Baarsma, Mulder & Teulings 2004
 B. Baarsma, J. Mulder & C. Teulings, *Rechtszekerheid als publiek belang. Over de notaris, zijn domein en de markt*, SEO-rapport nr. 765, Amsterdam 2004.
- Bakas & Van Gastel 2002
 C.F. Bakas & L. van Gastel, 'De liberalisering van de Nederlandse elektriciteitsmarkt: de stand van zaken', *M&M* 2002, p. 141-149.
- Bakkerus 2000
 S.O.H. Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid. De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bank jegens de (aspirant-)kredietnemer en jegens medeschuldeisers voor vermogensschade, in het bijzonder wegens de schending van het ongeschreven recht* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- Bannier 2003
 F.A.W. Bannier, 'Gedragsregels', in: *Recht op tuchtrecht. 50 jaar Hof van Discipline, 's-Hertogenbosch*: Hof van Discipline 2003, p. 54-59.
- Bartels 1984
 J.A.C. Bartels, *Hulpverleningsrecht. De rechtsverhouding tussen cliënt en hulpverlener in de maatschappelijke en psychosociale dienstverlening*, Deventer: Kluwer 1984.
- Basedow 2002
 J. Basedow, 'Economic regulation in market economies', in: J. Basedow e.a. (red.), *Economic regulation and competition. Regulation of services in the EU, Germany and Japan*, Den Haag/London/New York: Kluwer Law International 2002, p. 1-24.
- Baur & Henk-Merten 2003
 J. F. Baur & K. Henk-Merten, *Entgeltfindung unter Kontrahierungszwang*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003.

- Bavasso 2002
A.F. Bavasso, 'Essential facilities in EC Law: the rise of an 'epithet' and the consolidation of a doctrine in the communications sector', *Yearbook of European Law* 2002, p. 63-106.
- Bavasso 2004
A.F. Bavasso, 'Electronic communications: a new paradigm for European regulation', *CML Rev.* 2004, p. 87-118.
- Beckers 1996
H.G.J.M. Beckers, 'Notariaat en Kadaster; partners in rechtszekerheid' in: A.C. Zijdeveld e.a. (red.), *Notariswet. Rechtszekerheid in een vrije markt*, Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap 1996, p. 39-42.
- Beekhuis 1989
J.H. Beekhuis, 'Contract en contractsvrijheid' (rede uit 1953), in: *Geschriften van J.H. Beekhuis*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 176-193.
- Bellamy & Child 2001
C. Bellamy & G. Child, *European community law of competition*, London: Sweet & Maxwell 2001.
- Van den Bergh 1993
R. van den Bergh, 'Self-regulation in the medical and legal professions and the European internal market in progress', in: M. Faure e.a. (eds.), *Regulation of professions. A law and economics approach to the regulation of attorneys and physicians in the US, Belgium, The Netherlands, Germany and the UK*, Antwerpen: Maklu 1993, p. 21-43.
- Van den Bergh & Camesasca 2001
R.J. van den Bergh & P.D. Camesasca, *European Competition Law and Economics. A comparative perspective*, Antwerpen-Groningen-Oxford-New York: Intersentia 2001.
- Berger 1998
K.F.M. Berger, 'De notaris en de civiele rechter', in: T.R. Hidma e.a. (red.), *Notaris voor de rechter. 32^e landelijk notarieel studentencongres*, Deventer: Kluwer 1998, p. 61-68.
- Bergman 2000
M.A. Bergman, 'The Bronner Case – A turning point for the essential facilities doctrine?', *ECLR* 2000, p. 59-63.
- Berntsen & Van Mourik 1979
R.J.H.M. Berntsen & J.A. van Mourik, 'Vormen afspraken tussen notarissen onderling een gegronde reden voor dienstweigeren?', *WPNR* 1979, p. 202-205.
- Biesaart (*Bijzondere overeenkomsten I*)
M.C.I.H. Biesaart, 'I. Geneeskundige-behandelingsovereenkomst', in: A.P.A. de Klerk-Leenen & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (losbl.).
- De Bijl, Van Damme & Larouche 2003
P. de Bijl, E. van Damme & P. Larouche, *Op weg naar een vrije postmarkt*, rapport Tilburg Law and Economics Center (TILEC), 2003.
- Bishop & Walker 2002
S. Bishop & M. Walker, *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, London: Sweet & Maxwell 2002.
- Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht I*)
Y.G. Blei Weissmann, 'I. Precontractuele fase', in E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

- Blokland 2001
P. Blokland, *Teksten en toelichting op de Wet op het notarisambt*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2001.
- Boekman 1998
S. Boekman, *Het huidige advocatentuchtrecht in de beslissingen van het Hof van Discipline*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
- Boekman, D.H. Steenmetser-Bakker & Quant 2003
S. Boekman, D.H. Steenmetser-Bakker & L.H.A.J.M. Quant, *Jurisprudentiememo Advocatentuchtrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
- Boks 2002
D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002.
- Van Boom (*Verbintenissenrecht* II)
W.H.van Boom, 'II. Overeenkomsten met overheidslichamen', in E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
- Van Boom 2003
W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RM Themis* 2003, p. 297-306.
- Bos 2000
P.V.F. Bos, 'Verticale overeenkomsten' in: P.J. Slot en Ch.R.A. Swaak (red.), *De Nederlandse mededingingswet in perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 35-58.
- Boselie 1998
D.E. Boselie, 'Verplichte levering aan (potentiële) concurrenten ex artikel 86 EG-Verdrag', *SEW* 1998, p. 442-448.
- Brands 1997
W.G. Brands, *Behandeling na afspraak* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.
- Van den Broeke 1989a
W. van den Broeke, 'Preludium op een vijfsporenbeleid (1839-1939)' in: J.A. Faber (red.), *Het spoor. 150 jaar spoorwegen in Nederland*, Amsterdam: Meulenhoff Informatief 1989, p. 52-87.
- Van den Broeke 1989b
W. van den Broeke, 'Het spoor terug gevolgd. De eerste honderd jaar (1839-1939)' in: J.A. Faber (red.), *Het spoor. 150 jaar spoorwegen in Nederland*, Amsterdam: Meulenhoff Informatief 1989, p. 11-51.
- De Bruijn 1988
J.A. de Bruijn, 'De maatschappelijke functie van de notaris bij de oprichting van rechtspersonen', *De notarisklerk* 1988, p. 215-217.
- Bruinsma 2002
F. Bruinsma, 'Marktwerving in de taxibranche en de rechtshulpverlening', *NJB* 2002, p. 553-559.
- Brunner 1980
C.J.H. Brunner, 'Verplichte procesvertegenwoordiging in civiele zaken', *Advocatenblad* 1980, p. 473-487.
- Buigues, Guersent & Pons 2001
P.A. Buigues, O. Guersent & J.F. Pons, 'Network utilities: the EU institutions and the member states' in: C. Henry, M. Matheu & A. Jeunemaître (red.), *Regulation*

- of network utilities. *The European experience*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 261-272.
- Busche 1999
J. Busche, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999.
- Bydlinski 1980a
F. Bydlinski, 'Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges', *AcP* 180, 1980, p. 1-46.
- Bydlinski 1980b
F. Bydlinski, 'Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts', *JZ* 1980, p. 378-385.
- Cameron 2002
P. D. Cameron, *Competition in energy markets: law and regulation in the European Union*, Oxford, New York: Oxford University Press 2002.
- Cartigny 2000
G.J.M. Cartigny, 'Procesvertegenwoordiging in het bestuursrecht; enkele observaties vanuit de praktijk', in: C.J. Bax, J.L.M. Gribnau & P.A.M. Mevis (red.), *Procesvertegenwoordiging*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 31-39.
- Castermans & Krans 2004
A.G. Castermans & H.B. Krans, T&C art. 7:408 BW in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolk & W.L. Valk (red.), *Vermogensrecht: de tekst van de Boeken 3,4,5,6 en de titels 1, 3, 7, 7A, 9, 14 en 15 van Boek 7 van het BW, verwante regelgeving en IPR voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2004.
- Chao-Duivis 2000
M.A.B. Chao-Duivis, 'Enkele opmerkingen over de verbindende kracht van overeenkomsten' in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginnelen van contractenrecht. Afscheidsbundel Nieskens-Isphording*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, p. 41-57.
- Christiaans-Dingelhoff & Hubben 2000
I. Christiaans-Dingelhoff & J.H. Hubben, *De apotheker in de tuchtrechtspraak 1975-2000*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000.
- Contzen 1965
R. Contzen, *Der Kontrahierungszwang bei marktbeherrschenden Unternehmen* (diss. Köln), Köln: Wasmund 1965.
- McCurdy 2004
G.V.S. McCurdy, 'The impact of modernisation of the EU competition law system on the courts and private enforcement of the competition laws: a comparative perspective', *ECLR* 2004, p. 509-517.
- Czajka 1998
L. Czajka, *Privatautonomie und die Vertragsgestaltung durch Notar und Richter nach dem Sachenbereinigungsgesetz*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien: Peter Lang 1998.
- Dankers-Hagenaars 2000
D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Dankers-Hagenaars e.a. 2002

D.L.M.T. Dankers-Hagenaars e.a., 'Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?', *TVR* 2002, p. 3-13 en p. 53-59.

Dekker 2002

C.T. Dekker, *Nederlands mededingingsprocesrecht. Besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming in het kader van de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2002.

Derclaye 2004

E. Derclaye, 'The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law', *E.L.Rev.* 2004, p. 687-697.

Devroe 1998

W. Devroe, 'Universele dienstverlening' als grens aan risicoselectie? in: H. Cousy, H. Claassens, C. van Schoubrouck (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Antwerpen/Apeldoorn/Louvain-la-Neuve: Maklu-Academia-Bruylant 1998, p. 279-335.

Devroe 2000

W. Devroe, 'Universele dienstverlening' als nieuwe manier van denken?', *SEW* 2000, p. 82-95.

Van Dijk 2000

P.C.H. van Dijk, 'Tussen generiek en specifiek: het rapport-Visser in praktijk', in: H.J. de Ru & J.A.F. Peters (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 44-52.

Dingenen & Schade 2003

S.C.G. Dingenen & D.A. Schade, 'Positie van de consument in de geliberaliseerde energiemarkt', Rubriek energierecht, *Juridisch up to date* 2003, p. 8-12.

Doherty 2001

B. Doherty, 'Just what are essential facilities?', *CML Rev.* 2001, p. 397-436.

Dommering 1999

E.J. Dommering (red.), *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

Dommering 2003

E. J. Dommering, 'Het telecommunicatierecht wordt opnieuw overhoop gehaald. Over algemene vraagstukken van regulering en toegang in de telecommunicatiesector na 2003', *Computerrecht* 2003, p. 5-12.

Dommering-van Rongen 2000

L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000.

Den Drijver-van Rijckevorsel & Van Engen 2003

J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel & A.W. van Engen, *Onteigening*, Deventer: Kluwer 2003.

Van Duijvenvoorde 2003

G. van Duijvenvoorde, 'Toegang', in: Rob van den Hoven van Genderen (red.), *E-communicatie*, uitgave van de Nederlandse Vereniging voor Informatietechnologie en Recht 2003, p. 39-55.

Duynstee 1957

F.M.J.J. Duynstee, *Contractsvrijheid* (Preadvies voor de rechtskundige afdeling van het Thijmgenootschap), Groningen 1957, p. 24-62.

- Van Eck, Kellerman & Nieuwboer 2001
F.R. van Eck, A. Kellerman & J.W. Nieuwboer (red.), *Rechtspraak rassendiscriminatie 1995-2000*, Rotterdam: Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie 2001.
- Van Ee 2004
J.W. van Ee, 'Volledige dienstverlening?', *WPNR* 2004, p. 734-737.
- Ehlers 1979
H. Ehlers, *Die Problematik des Kontrahierungszwangs in der Wettbewerbsordnung, dargestellt am Beispiel des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots* (diss. Hamburg), 1979.
- Eindrapport Commissie Monitoring notariaat 2003
Eindrapport Commissie Monitoring notariaat periode 1999-2003, Den Haag februari 2003.
- Eindrapport werkgroep Benuttingsmaatregelen Spoor 2002
Eindrapport van de werkgroep Benuttingsmaatregelen Spoor, *Benutten beter benut*, in opdracht van het ministerie van V&W
- Elzinga 2001
W.P. Elzinga, 'De rol van het mededingingsrecht in de spoorwegsector', in: A.T. Ottow & A.F. Eeken (red.), *De rol van het mededingingsrecht in gereguleerde markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 5-34.
- Engelhard 2004
E.F.D. Engelhard, 'Schade door medische experimenten met mensen', *AV&S* 2004, p. 100-107.
- Ensink 1986
H.J.A. Ensink, 'Lijdelijkheid en wanprestatie', *WPNR* 1986, p. 11 en p. 305.
- Den Exter 2005
A.P. den Exter, 'De Europese kwetsbaarheid van de Zorgverzekeringswet', *NJB* 2005, p. 87-93.
- Farr & Oakley
S. Farr & V. Oakley, *EU Communications law*, Bembbridge: Palladian Law Publishing 2002.
- Faull & Nikpay 1999
J. Faull & A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford: Oxford University Press 1999.
- Faure & Hartlief 2001
M.G. Faure & T. Hartlief, *Verzekerbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's. Achtergrondstudie geschreven in opdracht van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg bij het RVZ-advies Gezondheidsrisico's voorzien, voorkomen en verzekeren*, Zoetermeer 2001.
- De Fey, Kellerman & Nieuwboer 2004
C.C. de Fey, A. Kellerman & J.W. Nieuwboer, *Met recht discriminatie bestrijden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- Franken 2000
A.Ch.H. Franken, 'Verplichte persoonsverzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen', *AV&S* 2000, p. 1-8.
- Frenk 2000
N. Frenk, 'De verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen', *A&V* 2000, p. 11-13.

Van Galen 1999

R.J. van Galen, 'Faillissementsrecht', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 277-278.

Gelking 1997

C. Gelking, *Deregulierung der Freien Berufe. Kritische Analyse einer berufs- und standesrechtlichen Überregulierung freiberuflicher Dienstleistungen* (diss. Freiburg), Frankfurt am Main-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien: Peter Lang 1997.

Geradin 2004

D. Geradien, 'Limiting the scope of article 82 EC: what can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*?', *CML Rev.* 2004, p. 1519-1553.

Van Gerven e.a. 1997

W. van Gerven e.a., *Kartelrecht II. Europese gemeenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Gevers e.a. 1988

J.K.M. Gevers e.a., 'Erfelijkheidsonderzoek en verzekering: een probleemstelling', *Verzekeringsarchief* 1988, p. 182-214.

Gevers 1998

J.K.M. Gevers, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998.

Gevers 2003

J.K.M. Gevers, 'Het recht op toegang tot noodzakelijke zorg', *AA* 2003, p. 437-445.

Ghestin 1993

J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1993.

Van der Giessen 1995

H.C.Q. van der Giessen, 'Toelaatbaarheid van medische keuringen, een landenvergelijking', in: L.L.A. van den Berghe e.a., *Verzekering en Europa* (Preadvies voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1994), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 165-175.

Goes & Koster 2004

P.W.A. Goes & M.H. Koster, 'Aansprakelijkheid van netbeheerders bij stroomonderbreking: enige civielrechtelijke aspecten', *NTER* 2004, p. 58-65.

Goldschmidt 1999

J. E. Goldschmidt, 'Contractvrijheid en gelijke behandelingsrecht' in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 255-256.

Gregorius 1991

F.K. Gregorius, 'Verzekering en discriminatie bezien door de bril van de actuaris' (Preadvies voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap), *Verzekeringsarchief* 1991, p. 283-307.

Gribnau 2000

J.L.M. Gribnau, 'Procesvertegenwoordiging in het bestuursrecht, civiel recht en strafrecht', in: C.J. Bax, J.L.M. Gribnau, P.A.M. Mevis (red.), *Procesvertegenwoordiging*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 7-20.

Groen 1999

J.W. Groen, 'Het notariaat: een bolwerk van rechtszekerheid' in: J.W. Groen e.a., *Notaris in de markt. 33e landelijk notarieel studentencongres*, Deventer: Kluwer 1999, p. 3-9.

- De Groot 2003
R. de Groot, *Kiezen voor zorg. De keuzevrijheid van de patiënt in een nieuw stelsel van ziektekostenverzekeringen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- De Groot & De Haaij 1998
H. de Groot & P.H. de Haaij, 'Verzelfstandiging van nationale spoorwegen: ervaringen in Nederland en elders', *Openbare Uitgaven* 1998, p. 142-148.
- Grosheide 2001
F.W. Grosheide, 'Afstemming tussen de civiele rechter en de NMa/bestuursrechter in mededingingszaken, in het bijzonder bij de handhaving van artikel 6 lid 1 Mw', in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Handhaving van de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2001, p. 91-96.
- Van den Haak 1998
H.F. van den Haak, 'Notarieel tuchtrecht in beweging', in: T.R. Hidma e.a., *Notaris voor de rechter. 32e landelijk notarieel studentencongres*, Deventer: Kluwer 1998, p. 7-21.
- Hagdorn 2003
A.W. Hagdorn, 'Aansprakelijkheden op het spoor', *TVR* 2003, p. 149-156.
- Ten Hagen 2001
M. ten Hagen, 'De gerechtsdeurwaarderswet en de uitvoeringsregelingen', *Executief* 2001, p. 107-108.
- Hancher & Lavrijssen 2000
L. Hancher & S.A.C.M. Lavrijssen, 'De eerste Gaswet: Bestaande structuren in een nieuw jasje', *SEW* 2000, p. 230-246.
- Hancher & Lugard 1999
L. Hancher & H.H.P. Lugard, 'De essential facilities doctrine. Het Bronner arrest en vragen van mededingingsbeleid', *SEW* 1999, p. 323-334.
- Harderwijk 1981
E.D. Harderwijk, 'Geen wettelijke leveringsplicht voor apotheker?', *TvG* 1981, p. 243-248.
- Hartlief 1999
T. Hartlief, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999.
- Hartlief 2004a
T. Hartlief, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid' in: *Maatschappelijk verzekeren in de 21e eeuw* (Preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2003), Deventer: Kluwer 2004, p. 1-30.
- Hartlief 2004b
T. Hartlief, 'De notariële beroepsaansprakelijkheid en haar verzekering. Spannende tijden voor het notariaat?', *WPNR* 2004, p. 575-586.
- Hartlief & Mendel 2000
T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000.
- Hartlief & Stolker 1999
T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999.
- Hatzopoulos 2004
V. Hatzopoulos, 'Case law (IMS Health)', *CML Rev.* 2004, p. 1613-1638.

- Heemskerk 2002
W. Heemskerk, 'Hoe zat het ook alweer met ... onttrekking van de procureur?', *Advocatenblad* 2002, p. 390-391.
- Van Heijst & Lekkerkerker 1997
S.B.J. van Heijst & G.J.C. Lekkerkerker, 'Een schijnconstructie ter verkrijging van een bouwkafeel', *WPNR* 1997, p. 106-107.
- Hendriksen & Schutte 1988
W.F. Hendriksen & E. Schutte, 'Ministerieverlening onrechtmatig jegens derde?', *WPNR* 1988, p. 581-583.
- Henry, Matheu & Jeunemaître 2001
C. Henry, M. Matheu & A. Jeunemaître (red.), *Regulation of network utilities. The European experience*, Oxford: Oxford University Press 2001.
- Hijma 1988
Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.
- Hoefnagel 1988
F.J.P.M. Hoefnagel, *Wetgever en cultuur. Uitgangspunten en beginselen van de wetgeving op de terreinen van het onderwijs, de wetenschap, de publieke omroep, het openbare bibliotheekwerk, de kunsten en de musea in de jaren 1973 tot eind 1987* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
- Hoens 1981
J. Hoens, 'Rassendiscriminatie en het wetsontwerp tot wijziging van artikel 429 quater Wetboek van Strafrecht', *NJB* 1981, p. 259-265.
- Hogesteeger 1998
G. Hogesteeger, *200 jaar Post in Nederland*, uitgave van PTT Post BV 1998.
- Holmes 2004
K. Holmes, 'Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK', *ECLR* 2004, p. 25-36.
- Holtmaat 2003
R. Holtmaat, 'Stop de inflatie van het discriminatiebegrip!', *NJB* 2003, p. 1266-1276.
- Holtman 1987
R.J. Holtman, 'Notaris en wanprestatie van partijen', *WPNR* 1987, p. 623-625.
- Holtman 1996
R.J. Holtman, 'Tets over verjaring bij binnenschepen', *WPNR* 1996, p. 914-915.
- Holtman 2002
R.J. Holtman, 'Notaris en wanprestatie van partijen', *WPNR* 2002, p. 172-174.
- Hondius 2001
E.H. Hondius, 'Kroniek van het Consumentenrecht', *NJB* 9 maart 2001, p. 460-469.
- Hoogendam 1997
J.J.M. Hoogendam, 'Notariële geheimhouding. Summum jus summum jura?', in: *Over notarissen*, *JV* 1997-2, p. 50-58.
- Ten Hoopen 2001
M.M. ten Hoopen, *Zorg op recept. De relatie apotheker-geneesmiddelengebruiker in veranderend maatschappelijk en juridisch perspectief* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- Hopt 2002
K.J. Hopt, 'Transsectoral issues of regulation. Concluding remarks on banking, capital market, insurance and telecommunications regulation', in: J. Basedow e.a.

- (red.), *Economic regulation and competition. Regulation of services in the EU, Germany and Japan*, Den Haag/London/New York: Kluwer Law International 2002, p. 305-319.
- Huhn & Von Schuckmann 1995
D. Huhn & H.-J. von Schuckmann, *Beurkundungsgesetz. Kommentar*, Berlin, New York: Walter de Gruyter 1995.
- Huijgen & Pleysier 2001
W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer: Kluwer 2001.
- Huijgen 1995
W.G. Huijgen, 'Taak en functie van de notaris' in: P.H.M. Gerver e.a. (red.), *Heden verschenen voor mij....* (Soons-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 301-307.
- Huygen 2004
A. Huygen, 'Marktwerving: elektriciteit en water', *O&F* 2004, p. 9-16.
- Huls & Laclé 2002
N.J.H. Huls en Z.D. Laclé, 'Het notariaat: Latijns, Angelsaksisch of provinciaals?', *NJB* 2002, p. 1408-1413.
- Jaarverslag 2000 Ombudsman Zorgverzekeringen
Jaarverslag 2000 Ombudsman Zorgverzekeringen, uitgebracht door Stichting Klachteninstituut Verzekeringen.
- Jacobse 1997
W.A.M. Jacobse, 'Recente rechtspraak', *WPNR* 1997, p. 533-534.
- Jansen, Dijkgraaf & Maasland 2004
M.C.W. Janssen, E. Dijkgraaf & E. Maasland, *Literatuurstudie naar de kosten en baten van markttoezichthouders*, rapport van SEOR-ECRI, Rotterdam 2004.
- Jongbloed 1999
A.W. Jongbloed, 'Een wenkend perspectief', *De gerechtsdeurwaarder* 1999, p. 2-7.
- Kaiser 2003
S. Kaiser, 'Der Kontrahierungszwang beim Girokonto in Europa – ein rechtsvergleichender Überblick', *Verbraucher und Recht (VuR)*, online-ausgabe, 2003, nr. 11.
- Kamphuisen 1957
P.W. Kamphuisen, *Contractsvrijheid* (Preadvies voor de rechtskundige afdeling van het Thijmgenootschap), Groningen 1957, p. 1-23.
- Kilian 1980
W. Kilian, 'Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem', *AcP* 1980, p. 47-83.
- Kleijn 1998
W.M. Kleijn, 'De positie van de koper van een registergoed in het samenstelsel van wetgeving rond de dubbele verkoop', *WPNR* 1998, p. 416-417.
- Klik 1992
P. Klik, *Contractsdwang* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1992.
- De Kluiver 1992
H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1992.
- Knibbeler & Schillemans 2001
W. Knibbeler & C.E. Schillemans, 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 2000', *M&M* 2001, p.169-181.

Knol 2000

P.C. Knol, 'Algemene voorwaarden en geschillen over de toepassing daarvan onder de Telecommunicatiewet', *Mediaforum* 2000, p. 324-330.

Knops 2003

H.P.A. Knops, 'Nood breekt wet? Enkele kritische beschouwingen over de regeling van een noodleverancier', *NTER* 2003, p. 148-149.

Knops 2004a

H.P.A. Knops, 'Hoeveel contracten gaan er door één draadje? De complexiteit van de elektriciteitssector ontrafeld', *O&F* 2004, p. 22-28.

Knops 2004b

H.P.A. Knops, 'Securing Dutch Electricity Supply: Towards a Supplier of Last Resort?', in: M.M. Roggenkamp & U. Hammer (red.), *European Energy Law Report* 1, Intersentia: Antwerpen, 2004, p. 235-274.

Knops & Wenting 2004

H.P.A. Knops & F. Wenting, 'Levering verzekerd: een noodleverancier voor elektriciteit en gas', *NTER* 2004, p. 145-153.

Kocken 1997

C.L.B. Kocken, *De hand van de notaris. Een rechtssociologisch onderzoek naar de onpartijdigheid en invloed van de Nederlandse notaris* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1997.

Kok 1971

G.Chr. Kok, *Het Nederlandse notariaat* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971.

Kok 1996

G. Chr. Kok, 'Notariaat en rechter' in: A.C. Zijderveld e.a., *Notariswet. Rechtszekerheid in een vrije markt*, Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap 1996, p. 23.

Kok e.a. 2003

L. Kok, F. Felsö, E. Dykmann & H. Strikwerda, *Tante Pos krijgt concurrentie. Effecten van de liberalisering van de postmarkt* (SEO-rapport), Amsterdam: SEO 2003.

Köndgen 1981

J. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur haftung aus geschäftsbezogenen Handeln*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1981.

Kortmann & Faber 2003

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'Het moet niet veel gekker worden!', *WPNR* 2003, p. 369-372.

Koster & Schade 2003

W. Koster & D.A. Schade, 'Positie van de consument in de geliberaliseerde energiemarkt', *Juridisch up to date* 2003, p. 8-12.

Kruisheer 1999

R.J. Kruisheer, 'Notarissen en gerechtsdeurwaarders. Publieke functionarissen en private ondernemers', in: Over gerechtsdeurwaarders, *JV* 1999-3, p. 31-44.

Kuik 1992

F.C. Kuik, 'Overheden en Spoorwegbedrijven: een relatie in beweging', *Openbare Uitgaven* 1992, p. 35-42.

Kuyk 1936

G.J.H. Kuyk, *Openbare veiling; veilingscondities* (preadvies voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen), Den Haag: Belinfante 1936.

Van der Kwaak 1996

D.J. van der Kwaak, 'Dubbele verkoop, onrechtmatige daad, ministerieplicht notaris bij beslag, invloed uitspraak in bodemprocedure op overdracht krachtens kort geding-vonnis, schadevergoeding en dwangsom', *WPNR* 1996, p. 429-431 en 449-450.

Langness 1982

H. Langness, *Der Kontrahierungszwang des selektiv vertreibenden Markenartikelherstellers gegenüber SB-Großhandel und SB-Warenhaus aufgrund § 26 abs. 2 satz 1 und satz 2 GWB* (diss. Hamburg), 1982.

Lankhorst 2003

G.H. Lankhorst, T&C artikel 8:105 in: J. H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek: de tekst van de Boeken 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 en 8 van het BW voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2003.

Larouche 2000

P. Larouche, *The bases of EC telecommunications law after liberalization* (diss. Maastricht), 2000.

Lavrijssen 2004

S.A.C.M. Lavrijssen, 'De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging', *SEW* 2004, p. 18-37.

Leeflang 2000

F.J. Leeflang, *De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse rechter in 1998 en 1999*, Deventer: Kluwer 2000.

Leenen 1995

H.J.J. Leenen, 'Recht op gezondheidszorg, overheid en stelsel van ziektekostenverzekering', *TvG* 1995, p. 396-406.

Legel 1991

A. Legel, 'De gerechtsdeurwaarder: een amfibie onder de rechtshulpverleners', in: F.H.A. Arisz (red.), *Beroepsaansprakelijkheid. Recht op een scheve schaats*. Jonge balie congres 1991, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 31-47.

Leijenaar 2001

R. Leijenaar, 'De Wet personenvervoer 2000 op hoofdlijnen', *Tijdschrift Privatisering* 2001, nr. 2, p. 13-17.

Leijten 1980

J.C.M. Leijten, 'Verplichte procesvertegenwoordiging in het civiele geding', *Advocaatenblad* 1980, p. 483-487.

Lekkerkerker 1995

G.J.C. Lekkerkerker, 'De overheid, de notarissen en hun ambtsgeheim in de eerste jaren negentig; iets over precaire verhoudingen' in: P.H.M. Gerver e.a., *Heden verschenen voor mij...* (Soons-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 309-318.

Loos 1993

M.B.M. Loos, 'Is de afsluitingbevoegdheid van nutsbedrijven onredelijk bezwarend?', *TvC* 1993, p. 296-300.

Loos 1998a

M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998.

Loos 1998b

M.B.M. Loos, rubriek Nutsbedrijven, bespreking van Pres. Rb. Alkmaar 3 oktober 1997, *KG* 1998, 52 in *TvC* 1998, p. 136-140.

Loos 2001

M. Loos, 'Energiecontracten', in: H. Stout & R. Bergamin (red.), *Recht op spanning. De kleinverbruiker in de geliberaliseerde elektriciteitsmarkt*, Utrecht: Lemma 2001, p. 77-93.

Loos 2003

M.B.M. Loos, 'Energieliberalisering en consumentenbescherming: een noodzakelijke combinatie', *TvC* 2003, p. 259-263.

Van der Maas & Kip 1987

J.M. van der Maas & W.N. Kip, 'Elektriciteit' in: H.G. de Maar (red.), *Energierecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 233-274.

Maks, Faure & Philipsen 2000

J.A.H. Maks, M.G. Faure & N.J. Philipsen, *Zelfregulering, marktwerking en mededinging*, (paper ten behoeve van de Conferentie Marktwerking van het Ministerie van Economische Zaken), Den Haag 20 oktober 2000.

Marissing 2001

J.P.L. van Marissing, *De NMa in actie. De praktijk van de Nederlandse mededingingsautoriteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001.

Meijer & Pietermaat 2002

A.Th. Meijer & E.C. Pietermaat, 'Kroniek Energierecht 2001', *SEW* 2002, p. 271-278.

Melis/Waaijer 2003

J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2003.

Melis/Santen/Waaijer 1991

J.C.H. Melis/A.H.M. Santen/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Van der Meulen 2003

B.M.J. van der Meulen, *Marktautoriteiten. Toezicht op markten* (Preadvies voor de VAR Vereniging voor Bestuursrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Meurer 1996

A.A. Meurer, 'De nieuwe structuur van het NS-concern', *TVR* 1996, november, p. 9-10.

Mevis 2000

P.A.M. Mevis, 'Procesvertegenwoordiging, ambtshalve cassatie en rechtsvorming door de strafkamer van de Hoge Raad', in: C.J. Bax, J.L.M. Gribnau, P.A.M. Mevis (red.), *Procesvertegenwoordiging*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 103-125.

Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995

I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Minkjan 2002

E.E. Minkjan, 'Notaris bestuursorgaan', *WPNR* 2002, p. 707-714.

Mok 1998

L. Mok, *Verzekeringsrecht. Civielrechtelijke hoofdstukken*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 1998.

Molitor 1923

E. Molitor, 'Zur Theorie des Vertragszwanges', *Iherings Jahrbücher*, zweite Folge, Jena: Verlag von Gustav Fischer 1923, p. 1-32.

Moltmaker 1996

J.K. Moltmaker, 'Notariële tarieven en fiscus', in: A.C. Zijderveld e.a., *Notariswet. Rechtszekerheid in een vrije markt*, Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap 1996, p. 27-32.

Moss 1996

F. Moss, 'De apotheker en de afleveringsplicht: nee, tenzij', *PW* 1996, p. 1132-1135.

Mourik 1986

M.J.A. (lees: Van) Mourik, 'De verantwoordelijkheid van de notaris. Kanttekeningen bij het rapport van de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris', *WPNR* 1986, p. 523-525.

Mulder 1999

L. Mulder, 'Wisselwerking tussen contractvrijheid en de multiculturele samenleving' in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 337-346.

Nagelkerke 1973

J.J. Nagelkerke, *Contractweigering in het Franse en Nederlandse recht. Een onderzoek naar de onrechtmatigheid der weigering* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1973.

Nieuwenhuis & Sieburg 2003

Aansprakelijkheid voor vertragings schade van openbaar vervoerder. Rapport uitgebracht door J.H. Nieuwenhuis en C.H. Sieburgh. Het rapport is niet gepubliceerd, wel is de samenvatting beschikbaar als bijlage 1 bij *Kamerstukken II* 2002/03, 27 216, nr. 44.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1999

J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.

Nihoul & Rodford 2004

P. Nihoul & P. Rodford, *EU electronics communications law. Competition and regulation in the European telecommunications market*, Oxford-New York: Oxford University Press 2004.

Nikolinakos 1999

N. Th. Nikolinakos, 'Access agreements in the telecommunications sector – refusal to supply and the essential facilities doctrine under E.C. Competition law', *ECLR* 1999, p. 399-411.

Nipperdey 1920

H.C. Nipperdey, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, Jena: Verlag von Gustav Fischer 1920.

Noll 2001

R.G. Noll, 'Economic perspectives on the politics of regulation', in: A.I. Ogus (ed.), *Regulation, Economics and the Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2001, p. 35-68.

NYFER 1997

Nijenrode Forum for Economic Research (NYFER), *Vrije beroepen tussen marktwerking en regulering*, Speciale studie nr. 6, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997.

Nyqvist 2001

C.J. Nyqvist, *Mobiliteit in het geding: een onderzoek naar de doeltreffendheid van het openbaar vervoer beleid* (diss. Utrecht), 2001.

Van Ooststroom 1999

H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. Amsterdam VU), 1999.

Van Os 2000

P.J.N. van Os, 'Hoe ethisch is de notaris?', in: *Trends in het notariaat; de nieuwe notariswet alweer verouderd?*, Deventer: Kluwer 2000.

Ottow & Prompers 2001

A.T. Ottow & A.S.M.L. Prompers, 'De wisselwerking tussen het telecom- en mededingingsrecht', in: A.T. Ottow, A.F. Eeken (red.), *De rol van het mededingingsrecht in gereguleerde markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 37-63.

Ottow & Prompers 2002

A.T. Ottow & A.S.M.L. Prompers, 'De rol van het mededingingsrecht in de telecom-municatiesector', *Mediaforum* 2002, p. 7-14.

Ottow 2002

A.T. Ottow, 'De bevoegdheidsverdeling tussen OPTA en de civiele rechter', *Mediaforum* 2002, p. 316-319.

Ottow 2003

A.T. Ottow, *Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. Toezicht op markten* (Preadvies voor de VAR Vereniging voor Bestuursrecht), Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2003.

Ottow 2004

A.T. Ottow, 'Kort commentaar op enkele procedurele wijzigingen in de nieuwe Telecommunicatiewet', *Mediaforum* 2004, p. 2-5.

Van Oven 1956

A. Van Oven, *Aere perennius. Over de onvergankelijkheid van het privaatrecht* (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956.

OXERA studie 2004

OXERA, *Costs and benefits of market regulators*, oktober 2004.

Palandt-Heinrichs 2004

P. Bassenge e.a. (bew.), *Beck'sche Kurz-Kommentare. Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Band 7*, München:Verlag C.H. Beck 2004.

Pattipawae 1991

C.F. Pattipawae, 'Verzekering en discriminatie' (Preadvies voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap), *Verzekeringsarchief* 1991, p. 273-281.

Pattipawae & Tazelaar 1997

C.F. Pattipawae & C.A. Tazelaar (red.), *Met recht discriminatie bestrijden. Een juridische handleiding bij de bestrijding van discriminatie op grond van ras en nationaliteit*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Pietermaat 2001

E.C. Pietermaat, 'De verhouding tussen de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit en de civiele rechter bij de handhaving van de Mededingingswet', in: O.J.D.M.L. Jansen, B.J.M. van der Meulen & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Handhaving van de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2001, p. 97-116.

Pijnacker Hordijk & Noë 2001

E.H. Pijnacker Hordijk & S.B. Noë, 'Afstemmingsvraagstukken in de verhouding tussen de NMa en de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter anderzijds', in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Handhaving van de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2001, p. 75-90.

Pleysier 2001

A.J.H. Pleysier, 'De Gerechtsdeurwaarderswet vergeleken met de Wet op het notarisambt – een eerste kennismaking', *Executief* 2001, p. 113-116.

Van der Pol 2002

J.M. van der Pol, '(Gewijzigde) ministerieplicht en deurwaarderskortgeding', *Executief* 2002, p. 48-53.

Polak 1947

C.H.F. Polak, *Het geleide contract* (oratie Wageningen), Wageningen: H. Veenman & Zonen 1947.

Polderman 1913

J.J. Polderman, *Het openbaar aanbod* (diss. Utrecht), Amsterdam: A.H. Kruyt 1913.

Plug e.a. 2003

P.J. Plug e.a., *Mededinging versus domeinmonopolie en ministerieplicht. Over de gevolgen van marktwerking in het notariaat*, Rapport door Berenschot en SEO, Den Haag 2003.

De Pril & Dhaene 1998

N. De Pril & J. Dhaene, 'Rapport van de werkgroep Segmentering van de Commissie voor Verzekeringen', in: H. Cousy, H. Claassens, C. van Schoubrouck (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Antwerpen-Apeldoorn-Louvain-la-Neuve: Maklu-Academia-Bruylant 1998, p. 142-171.

Prosser 1997

T. Prosser, *Law and the regulators*, Oxford: Clarendon Press 1997.

Quant 1995

L.H.A.J.M. Quant, *Verplichte procesvertegenwoordiging en andere kostbare zaken* (oratie Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Rapport Commissie Cohen 1995

Rapport van de Commissie Cohen (werkgroep domeinmonopolie advocatuur 1995).

Rapport Commissie Verantwoordelijkheid Notaris 1986

Rapport van de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris, 's-Gravenhage: Koninklijke Notariële Broederschap 1986.

Rapport departementale werkgroep verzekeringsvarianten VWS 2001

Varianten gemeten, (rapport van de departementale werkgroep verzekeringsvarianten van het ministerie van VWS t.b.v. het project Toekomst Zorgstelsel), Den Haag: Ministerie van VWS 2001

Rapport Europese Commissie 1996

Rapport van de Europese Commissie: 'Economic evaluation of the internal market', *European economy. Reports and studies* 1996, nr. 4.

Rapport Europese Commissie 1999

Rapport van de Europese Commissie: 'Liberalisation of network industries. Economic implications and main policy issues', *European economy. Reports and studies* 1999, nr. 4.

- Rapport LHV 1989
De bereikbaarheid en beschikbaarheid van de huisartsenzorg, Utrecht: Landelijke Huisartsen Vereniging 1989.
- Rapport werkgroep gerechtsdeurwaarders 1997
Rapport van de werkgroep gerechtsdeurwaarders (werkgroep Opstellen), 1997.
- Van Ravenhorst 1991
C. van Ravenhorst, *De bankovereenkomst. Naar een relationele benadering van de rechtsverhouding bank-cliënt* (diss. Tilburg), Amsterdam: 1991.
- Van Reijssen 1999
P.P.M. van Reijssen, *Medisch-professionele autonomie en gezondheidsrecht* (diss. Nijmegen), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999.
- Ridyard 1996
D. Ridyard, 'Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC competition law,' *ECLR* 1996, p. 438-452.
- De Rijke 2004
M. de Rijke, 'Energie-infrastructuur en third party access', *O&F* 2004, p. 29-35.
- Ritter & Braun 2004
L. Ritter & D. Braun, *European competition law. A practitioner's guide*, Den Haag: Kluwer Law International 2004.
- Rodrigues 1997
P.R. Rodrigues, *Anders niets? Discriminatie naar ras en nationaliteit bij consumenten-transacties* (diss. Utrecht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.
- De Ru 1981
H. J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981.
- De Ru & Peters 2000
H.J. de Ru & J.A.F. Peters, 'Toezicht als nieuwe vorm van overheidsbemoeienis ingekaderd', in: H.J. de Ru & J.A.F. Peters (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 3-17.
- Rutgers 1980
G.R. Rutgers, *De verplichte procesvertegenwoordiging. Enige aspecten van de verplichte procesvertegenwoordiging in het burgerlijk geding in Nederland* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: VUGA Boekerij 1980.
- Rutgers 1999
G.R. Rutgers, 'De gerechtsdeurwaarder, de dagvaarding en de 21e eeuw', *TCR* 1999, p. 6-10.
- Saarloos 1996
L. J. Saarloos, 'De deurwaarder en de niet in de wet geregelde invorderingskosten', *De gerechtsdeurwaarder* 1996, p. 137-140.
- Salomons 2000
R.A. Salomons, 'Hebben de verzekeraars macht?', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 299-312.
- Sauter 2001
W. Sauter, 'Van Staat naar markt: toezicht op de ontwikkeling van marktwerking in de telecommunicatiesector', *SEW* 2001, p. 86-98.

- Schäfer & Ott 2000
H.B. Schäfer & C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer 2000.
- Scheiber 1998
H. Scheiber, 'Economic liberty and the modern state', in: H.N.Scheiber (red.), *The state and freedom of contract*, Stanford: Stanford University Press 1998, p. 122-160.
- Scheltema & Scheltema 2004
M. Scheltema & M.W. Scheltema, 'De verhouding tussen publiek- en privaatrecht', *NJB* 2004, p. 768-776.
- Schenk 1940
W. Schenk, *Monopolstellung und Kontrahierungszwang* (diss. Münster), Quakenbrück: 1940.
- Scholten 1983
G.J. Scholten, *Grondslag en bronnen van verbintenissen*, Deventer: Kluwer 1983.
- Schoorens 1998
G. Schoorens, 'Segmentering en discriminatie', in: H. Cousy, H. Claassens, C. van Schoubrouck (red.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Antwerpen-Apeldoorn-Louvain-la-Neuve: Maklu-Academia-Bruylant 1998, p. 217-277.
- Schorer 1987
K.F.H. Schorer, 'Betrokkenheid van de nationale overheid bij de energievoorziening' in: H.G. de Maar (red.), *Energieright*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 80-112.
- SER-advies onverzekerbare risico's 1999
Onverzekerbare risico's (SER-advies 1999-2), Den Haag: SER Stafafdeling Voorlichting 1999.
- Siebert 1953
W. Siebert, 'Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung', in: *Festschrift für Hans Niedermeyer*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co. 1953, p. 215-247.
- Sijmons 1995
J.G. Sijmons, 'De civielrechtelijke hulpverleningsplicht van arts en ziekenhuis', *TvG* 1995, p. 332-347.
- Slot & Skudder 2001
P.J. Slot & A. Skudder, 'Common features of community law regulation in the network-bound sectors', *CML Rev.* 2001, p. 87-129.
- Slot 2004
P.J. Slot, 'A view from the mountain: 40 years of developments in EC competition law', *CML Rev.* 2004, p. 443-473.
- Smit 1995
H.J. Smit, 'De kwaliteit van de civiele rechtspleging. Advocaten: monopolisten of specialisten?', *Advocatenblad* 1995, p. 272-278.
- Snijders 1988
H.J. Snijders, 'Bestrijding van procesrechts-particularisme. Enige opmerkingen bij de dissertatie van Mr Wesseling-Van Gent', *NJB* 1988, p. 1199-1203.
- Speck & Mulder 2003
S. Speck & M. Mulder, *Competition on European energy markets. Between policy ambitions and practical restrictions*, CPB Document nr. 33, juli 2003, te downloaden via <www.cpb.nl>.

Stehmann 2004

O. Stehmann, 'Applying "essential facility" reasoning to passenger rail services in the EU – the Commission decision in the case GVG', *ECLR* 2004, p. 390-394.

Sterk 2003

T.A.W. Sterk, 'Klagen over de advocatenwet', in: *Recht op tuchtrecht. 50 jaar Hof van Discipline*, uitgave van Hof van Discipline 2003, p. 66-71.

Stolker 1994

C.J.J.M. Stolker, 'De nieuwe Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst en het juridische belang van de Modelregeling arts-patiënt', *NTBR* 1994, p. 115-119.

Streefkerk 1995

C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten*, Deventer: Kluwer 1995.

Strijbos 1985

J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985.

Stout & Bergamin 2001

H. Stout & R. Bergamin (red.), *Recht op spanning: de kleinverbruiker in de geliberaliseerde elektriciteitsmarkt*, Utrecht: LEMMA 2001.

Teekens 1954

M. Teekens, *De deurwaarder* (diss. Leiden), Leiden: A.W. Sijthoff 1954.

Teekens 1973

M. Teekens, *De gerechtsdeurwaarder*, Deventer: Kluwer 1973.

Teekens 1974

M. Teekens, 'De ministerieplicht en de sociale rol van de Gerechtsdeurwaarder', *De Gerechtsdeurwaarder* 1974, p. 220-231.

Teekens 1992

M. Teekens, 'Waar liggen de grenzen van de aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder?', *De Gerechtsdeurwaarder* 1992, p. 167-171.

Teekens 1993

M. Teekens, 'Waar houdt de ministerieplicht van de gerechtsdeurwaarder op?', *De Gerechtsdeurwaarder* 1993, p. 118-125.

Temple Lang 1994

J. Temple Lang, 'Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities', 18 *Fordham International Law Journal* 437, 1994, 437-524.

Van den Tweel 2001

R.J.M. van den Tweel, 'Vindt de consument gehoor bij de NMa. Een tussenstand van de beschikkingenpraktijk', *SEW* 2001, p. 172-179.

Veldhuis 1973

P. Veldhuis, 'Op zoek naar nieuwe wegen', *De Gerechtsdeurwaarder* 1973, p. 105-109.

Van Velten 1986

A.A. van Velten, 'De positie van de notaris bij de verbreking van kettingbedingen', *WPNR* 1986, p. 158.

Van Velten 1990

A.A. van Velten, 'De positie van de notaris bij een wanpresterende verkoper van onroerend goed', *WPNR* 1990, p. 294-296.

- Van Velten 1999
Pres. Rb. Alkmaar 21 december 1998, KG 1999, 20 besproken door A.A. van Velten, 'Recente rechtspraak', WPNR 1999, p. 125-127.
- Van Velthoven & Van Wijck 2001
B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2001.
- Verloren van Themaat 1996
I.W. Verloren van Themaat, 'De toepassing van het Europese kartelrecht door de Nederlandse rechter 1987-1995: "te ingewikkeld"?', SEW 1996, p. 156-171.
- Vermaat 2003
M.F. Vermaat, 'Toegang tot de gezondheidszorg voor illegalen goed geregeld?', TvG 2003, p. 4-6.
- Vranken 2000
J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht. Afscheidsbundel Nieskens-Isphording*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.
- Wansink & Van Garderen – Groeneveld 1993
J.H. Wansink & A.S.T. van Garderen – Groeneveld, *Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
- Wansink 1990
J.H. Wansink, *Acceptatie en naselectie bij verzekering. Vrijheid in gebondenheid* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- Wansink 1999
J.H. Wansink, 'Grondrechten' en verzekering' in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 267-282.
- Wansink 2003
J.H. Wansink, 'Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21^e eeuw', AV&S 2003, p. 45-52.
- Van Wijmen 1985
F.C.B. van Wijmen, 'Hoe bijzonder is de rechtspositie van de patiënt?', NJB 1985, p. 541-548.
- Van Wijnbergen 2002
S.J.G. van Wijnbergen, 'Staat of privaat: het intellectuele failliet van Paars-II,' in: H.J. de Ru & J.A.F. Peters (red.), *Verzelfstandiging en marktwerking. Stand van zaken en perspectieven*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 11-19
- Wijting 2001
W. Wijting, 'Verplichtingen tot levering van elektriciteit', in: H. Stout & R. Bergamin (red.), *Recht op spanning: de kleinverbruiker in de geliberaliseerde elektriciteitsmarkt*, Utrecht: LEMMA 2001, p. 95-124.
- Winkel 1974
H. Winkel, 'Veilingen', in: R. Savatier e.a. (red.), *Verzekeringen van vriendschap* (Dorhout Mees-bundel), Deventer: Kluwer 1974, p. 329-347.
- Wit 2004
P. Wit, 'De telecombestuurder als civilist: blijf toch bij je leest!', NbBW 2004, p. 109-113.

De Wit 2004

B. de Wit, 'Aansprakelijkheid van netbeheerders en betrouwbaarheid van energielevering', *NTBR* 2004, p. 120-123.

Whish 2003

R. Whish, *Competition Law*, London: Lexis Nexis U.K. 2003.

De Wolff e.a. 2004

D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2003*, Deventer: Kluwer 2004.

Zimmerman 1990

R. Zimmerman, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Deventer, Boston: Kluwer 1990, South Africa: Juta 1990.

Rechtspraakregister

NEDERLANDSE JURISPRUDENTIE

Hoge Raad

- HR 29 november 1929, *NJ* 1930, p. 293-299 | 242
- HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 (Quint/Te Poel) | 305
- HR 11 november 1960, *NJ* 1960, 599 | 225
- HR 13 april 1964, *NJ* 1964, 189 | 272
- HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (Saladin/HBU) | 253, 293
- HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 (Pos/vdBosch) | 307
- HR 1 maart 1974, *NJ* 1975, 6 | 132
- HR 20 december 1974, *NJ* 1975, 221 (Kalkar) | 225, 258
- HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 427 | 32
- HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 156 | 254
- HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640 (Veluwe nutsbedrijven) | 259
- HR 10 april 1981, *NJ* 1981, 532 | 232, 245
- HR 1 juli 1981, *NJ* 1982, 176 | 240
- HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 315 (Breda/Nijs) | 33
- HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 174 | 227
- HR 24 november 1981, *NJ* 1982, 177 | 240
- HR 10 december 1982, *NJ* 1983, 687 (Kaya/Binderen) | 244
- HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg) | 249
- HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 | 115
- HR 28 juni 1985, *NJ* 1985, 840 (Luyer/Gemeente Amsterdam) | 259
- HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698 | 161, 319
- HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 | 114
- HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 | 114
- HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 225 | 281
- HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 508 | 148
- HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 627 (Tilburgse hypotheekbank) | 114
- HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 (Tilburgse hypotheekbank) | 114
- HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 629 (Tilburgse hypotheekbank) | 114
- HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance) | 163, 317
- HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 (Rasti Rostelli) | 230, 300, 301
- HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (De Ruiterij/MBO) | 250
- HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151 | 316
- HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1 | 286
- HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896 (Van der Hel q.q./Edon) | 259
- HR 2 februari 2001, *NJ* 2002, 372 | 132, 273

- HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151 | 317
- HR 17 september 2002, *NJ* 2002, 548 | 241
- HR 20 december 2002, *NJ* 2003, 325 | 114
- HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 505 (NOS c.s./Telegraaf) | 206, 320
- HR 14 mei 2004, *RvdW* 2004, 74 | 163

Gerechtshoven

- Hof 's-Hertogenbosch 27 april 1976, *NJ* 1977, 143 | 32
- Hof Arnhem 9 januari 1984, *NJ* 1985, 476 | 258
- Hof Leeuwarden 22 februari 1984, *NJ* 1985, 27 | 258
- Hof 's-Gravenhage 19 april 1984, *S&S* 1985, 21 | 278
- Hof 's-Gravenhage 18 oktober 1984, *S&S* 1986, 128 | 278
- Hof Arnhem 21 januari 1985, *NJ* 1986, 447 | 244
- Hof 's-Gravenhage 28 maart 1985, *NJ* 1986, 282 | 244
- Hof Amsterdam 8 mei 1985, *NJ* 1987, 200 | 262
- Hof 's-Hertogenbosch 19 mei 1987, *NJ* 1988, 546 | 31
- Hof Amsterdam 2 februari 1989, *MC* 1989, p. 536 | 148
- Hof 's-Gravenhage 24 januari 1990, *NJ* 1990, 644 | 268
- Hof 's-Gravenhage 17 april 1990, *KG* 1990, 289 | 243
- Hof 's-Hertogenbosch 7 mei 1990, *NJ/AB* 1991, 369 | 30, 302
- Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 1990, *KG* 1990, 179 | 243
- Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 1990, *KG* 1990, 228 | 243
- Hof Amsterdam 24 november 1995, <www.lbr.nl> | 241
- Hof Amsterdam 14 maart 1996, *NJ* 1997, 263 | 272
- Hof Amsterdam 19 december 1996, besproken door Jacobse 1997 | 116
- Hof 's-Hertogenbosch 11 december 1998, *NJ* 1999, 528 | 136
- Hof Leeuwarden 12 juli 2000, *NJ* 2001, 102 | 263
- Hof Amsterdam 20 juli 2000, *KG* 2000, 154 | 301
- Hof Amsterdam 27 december 2001 (nr. 363/01 NOT), besproken door Holtman 2002 | 116
- Hof Amsterdam 12 augustus 2004, LJN: AR2333, <www.rechtspraak.nl> | 289

Rechtbanken

- Pres. Rb 's-Gravenhage 29 april 1964, *NJ* 1964, 229 | 272
- Pres. Rb. Dordrecht 3 februari 1965, *NJ* 1966, 62 | 236, 238, 304
- Pres. Rb. Zutphen 24 november 1977, *NJ* 1978, 337 | 240
- Pres. Rb. Zutphen 26 juni 1980, *NJ* 1981, 29 | 240
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 22 augustus 1980, *Prg.* 1981, 1548 | 32, 33
- Rb. Amsterdam 11 maart 1981, *NJ* 1981, 525 | 240
- Pres. Rb. Haarlem 13 juni 1983, *KG* 1983, 199 | 258
- Pres. Rb. Breda 12 augustus 1983, *NJ* 1984, 486 | 31
- Pres. Rb. Assen 13 september 1983, *KG* 1983, 298 | 31
- Pres. Rb. Zutphen 19 januari 1984, *KG* 1984, 51 | 31
- Pres. Rb. Haarlem 20 januari 1984, *KG* 1984, 49 | 258
- Pres. Rb. Dordrecht 7 juni 1984, *KG* 1984, 195 | 245
- Pres. Rb. Assen 16 oktober 1984, *KG* 1984, 311 | 31

- Pres. Rb. Zutphen 14 december 1984, *KG* 1985, 11 | 259
- Pres. Rb. Arnhem 18 december 1984, *KG* 1985, 22 | 259
- Pres. Rb. Zutphen 15 mei 1985, *KG* 1985, 163 | 259
- Pres. Rb. Utrecht 10 december 1985, *KG* 1986, 54 | 72
- Pres. Rb. Arnhem 27 maart 1986, *KG* 1986, 199 | 259
- Pres. Rb. Haarlem 19 juni 1986, *KG* 1986, 363 | 259
- Pres. Rb. Arnhem 5 maart 1987, *KG* 1987, 177 | 113
- Pres. Rb. Utrecht 29 mei 1987, *AB* 1988, 308 | 148, 152
- Pres. Rb. Haarlem 8 september 1987, *NJ* 1987, 433 | 31
- Pres. Rb. Breda 31 maart 1988, *KG* 1988, 183 | 241
- Rb. Amsterdam 14 december 1988, *NJ* 1990, 302 | 316
- Pres. Rb. Utrecht 13 april 1989, *KG* 1989, 185 | 244
- Pres. Rb. Utrecht 8 mei 1989, *TvG* 1989/59, p. 416-419 | 148
- Pres. Rb. Zwolle 7 september 1989, *KG* 1989, 379 | 117
- Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 24 november 1989, *TvG* 1990/19, p. 83-85 | 151
- Rb. Amsterdam 7 februari 1990, <www.lbr.nl> | 241
- Pres. Rb. Amsterdam 21 mei 1990, *TvG* 1992/40, p. 305-307 | 148
- Pres. Rb. Utrecht 18 juni 1991, *NJ* 1992, 370 | 244
- Pres. Rb. Amsterdam 14 november 1991, *KG* 1991, 410 | 302
- Pres. Rb. Groningen 25 maart 1992, *KG* 1992, 221 | 244
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 december 1993, *KG* 1994, 28 | 250
- Pres. Rb. Utrecht 25 mei 1994, *KG* 1994, 251 | 71
- Pres. Rb. Amsterdam 1 november 1994, *KG* 1995, 69 | 132
- Pres. Rb. Middelburg 20 november 1995, *KG* 1995, 438 | 301
- Pres. Rb. Leeuwarden 8 december 1995, *KG* 1996, 36 | 242
- Pres. Rb. Zwolle 22 maart 1996, *KG* 1996, 168 | 250
- Pres. Rb. Maastricht 3 juni 1996, *KG* 1996, 207 | 241, 304
- Pres. Rb. Leeuwarden 7 augustus 1996, *KG* 1996, 346 | 152
- Pres. Rb. Maastricht 31 december 1996, *KG* 1997, 91 | 242
- Pres. Rb. Utrecht 24 april 1997, *KG* 1997, 187 | 250
- Pres. Rb. Maastricht 4 juli 1997, *KG* 1997, 337 | 242
- Pres. Rb. Dordrecht 29 juli 1997, *KG* 1998, 22 | 250
- Pres. Rb. Alkmaar 3 oktober 1997, *KG* 1998, 52 | 57
- Pres. Rb. Alkmaar 1 oktober 1998, *KG* 1998, 326 | 301
- Pres. Rb. Zutphen 12 oktober 1998, *Prg.* 1998, 5071 | 262
- Pres. Rb. Utrecht 27 oktober 1998, te kennen uit Leeflang 2000, p. 55-56 | 179
- Pres. Rb. Alkmaar 21 december 1998, *KG* 1999, 20 | 112
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 mei 1999 (Teclion/Kone Starlift), te kennen uit Leeflang 2000, p. 143-145 | 187
- Pres. Rb. Utrecht 1 juni 1999, *KG* 1999, 236 | 71
- Pres. Rb. Dordrecht 22 juni 1999, *KG* 1999, 174 | 71
- Pres. Rb. Utrecht 12 oktober 1999, *KG* 1999, 304 | 151
- Pres. Rb. Utrecht 30 december 1999, *KG* 2000, 59 | 112
- Rb. Den Haag 19 januari 2000, rolnr. 98/2531, Smartengeldgids 2000, nr. 867 | 308
- Pres. Rb. Utrecht 19 april 2001, *KG* 2001, 172 | 71
- Pres. Rb. Zutphen 22 mei 2001, *KG* 2001, KGK 1600 | 259
- Pres. Rb. Rotterdam 12 juni 2001, *KG* 2001, 209 | 250

- Pres. Rb. Groningen 14 juni 2001, KG 2001, 213 | 244
- Pres. Rb. Rotterdam 19 oktober 2001, KG 2002, 68 | 250
- Rb. Rotterdam 29 november 2001 (CLEC Netherlands BV en BabyXL Broadband DSL/ KPN Telecom BV), zaaknr. 156783/HA ZA 01-1308, beschreven in: Ottow 2002, p. 318 | 322
- Rb. Zwolle 12 februari 2002, LJN: AD9393, <www.rechtspraak.nl> | 308
- Rb. Rotterdam 11 december 2002, LJN: AF1811, <www.rechtspraak.nl> | 206
- Rb. Utrecht 18 december 2002, TvC 2003, p. 58 | 226, 289
- Rb. Arnhem 17 september 2003, NJF 2004, 43 | 117
- Rb. Rotterdam 9 december 2003, LJN: AN9799, <www.rechtspraak.nl> | 94
- Rb. Leeuwarden 27 januari 2005, LJN: AS4003, <www.rechtspraak.nl> | 264

Kantongerechten

- Ktg. Amsterdam 1 augustus 1929, W 12018 | 242
- Ktg. Gouda 13 maart 1986, Prg. 1987, p. 212-215 | 281, 308
- Ktg. Nijmegen 10 september 1986, NJ 1987, 169 | 161, 230
- Ktg. Zaandam 12 maart 1998, TvC 1999, p. 53-55 | 271

College van Beroep voor het Bedrijfsleven

- CBB 3 december 2002, LJN: AO1112 (Canal+/UPC), <www.rechtspraak.nl> | 323
- CBB 8 september 2004, LJN: AR1296, <www.rechtspraak.nl> | 94

Afdeling Rechtspraak van de Raad van State

- ARRvS 6 mei 1980, AB 1980, 603 | 225
- Vz. ARRvS 28 april 1982, AB 1984, 449 | 225
- ARRvS 28 juli 2004, uitspraaknr. 200400154/1, <www.raadvanstate.nl> | 99

Medisch Tuchtcollege

- MT Amsterdam 30 juni 1934, NJ 1935, p. 719 | 275
- MT Amsterdam 30 juni 1934, NJ 1935, p. 720 | 275
- CMT 17 april 1947, NJ 1947, 561 | 275

Raad van Toezicht Verzekeringen

- RvT III-86/25, m.nt. P. Clausen, TvC 1987, p. 140-146 | 278
- RvT Uitspraak 2001/37, te vinden op <www.klachteninstituut.nl> | 163
- RvT Uitspraak 2004/03, te vinden op <www.klachteninstituut.nl> | 278
- RvT Uitspraak 2004/04, te vinden op <www.klachteninstituut.nl> | 278

Geschillencommissies

- GON 4 juni 1984, nr. 112, *Rechtshulp* 1985/4, p. 27-32 | 320
- GON 9 juni 1993, m. nt. Loos, TvC 1993, p. 346-348 | 258, 320

- Geschillencommissie Telecommunicatie oordeel 19/11/1998, *TvC* 2001, p. 327-328 | 320

Commissie Gelijke Behandeling

- 10 juni 1997, nr. 97-65, <www.cgb.nl> | 240
- 10 juni 1997, nr. 97-66, <www.cgb.nl> | 240
- 15 december 1997, nr. 97-133, <www.cgb.nl> | 240
- 25 maart 1998, nr. 98-31, <www.cgb.nl> | 245
- 10 november 1999, nr. 99-84, <www.cgb.nl> | 240
- 23 december 1999, nr. 99-104, <www.cgb.nl> | 162
- 10 oktober 2000, nr. 00-68, <www.cgb.nl> | 240
- 13 december 2000, nr. 00-84, <www.cgb.nl> | 240
- 24 januari 2002, nr. 02-02, <www.cgb.nl> | 240
- 9 januari 2003, nr. 03-02, <www.cgb.nl> | 241
- 23 mei 2003, nr. 03-65, <www.cgb.nl> | 244
- 17 november 2003, nr. 03-138, <www.cgb.nl> | 281
- 18 november 2003, nr. 03-136, <www.cgb.nl> | 281

Beroepscommissie Wtz

- 19 september 2001, nr. 01029, <www.zn.nl> | 318
- 21 november 2001, nr. 01032, <www.zn.nl> | 168, 279, 318
- 21 november 2001, nr. 01036, <www.zn.nl> | 318

BUITENLANDSE JURISPRUDENTIE

Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen

- HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (Continental Can) | 182
- HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223 (Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie) | 183
- HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (United Brands) | 184
- HvJ EG 29 juni 1978, zaak 77/77, *Jur.* 1978, p. 1513 (BP/Commissie) | 183
- HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (Hoffman-La Roche) | 180
- HvJ EG 31 mei 1979, zaak 22/78, *Jur.* 1979, p. 1869 (Hugin) | 186
- HvJ EG 17 september 1985, gevoegde zaken 25 en 26/84, *Jur.* 1985, p. 2725 (Ford-Werke en Ford of Europe Inc./Commissie) | 179
- HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 (Volvo/Veng) | 189
- HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039 (CICRA en Maxicar/Renault) | 189
- HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Jur.* 1991, p. I-3359 (AKZO/Commissie) | 180
- HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91P en C- 242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE) | 188, 330

- HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.) | 82, 183, 190
- HvJ EG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395/96 P en C 396-96 P, *Jur.* 2000, p. I-1365 (Compagnie maritime belge transports SA/Commissie) | 181
- HvJ EG 6 januari 2004, gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/01 P, *Jur.* 2004, p. 0 (Bayer Adalat) | 179
- HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, *Jur.* 2004, p. 0 (IMS Health) | 183, 202

Gerecht van Eerste Aanleg EG

- GvEA EG 12 juni 1997, zaak T-504/93, *Jur.* 1997, p. II-923 (Tiercé Ladbroke) | 192

US Supreme Court

- 540 U.S. (2004), Supreme Court of the United States 13 januari 2004, nr. 02-682 (Verizon Communications inc. v Law offices of Curtis V. Trinko, LLP) | 53, 190, 196

Trefwoordenregister

A

Aanmerkelijke marktmacht | 49-50, 90-91, 92-94
Acceptatieplicht verzekeraar | 158-164, 175-176
Advocatenwet | 132, 272
Afgebroken onderhandelingen | 249-252
Afsluiting energie | 256-263
Algemeen Reglement Vervoer | 71-72
Algemene voorwaarden
· grijze lijst | 19, 283
· zwarte lijst | 19, 283
· model algemene voorwaarden elektriciteit en gas | 27, 29-30, 256-258, 260-262, 282-288
Algemene Wet Gelijke Behandeling | 239-240
Ambtshandelingen
· gerechtsdeurwaarder | 126-127
· notaris | 108-109
Apotheker
· contractdwang rustend op | 153-155
Arts
· beschikbaarheidsrelatie | 139-140
· hulpverleningsplicht | 140-151
Autonomiebeginsel | 219

B

Beroeps- en gedragsregels
· advocaten | 273
· artsen | 140-148, 150
· gerechtsdeurwaarders | 128-129, 274
· notarissen | 114, 117-118, 120, 294
Beroepscommissie Wtz | 168, 317-318

Besluit algemene richtlijnen post | 83-85, 266, 290-291
Besluit leveringszekerheid Gaswet | 23-24
Besluit personenvervoer | 59, 71, 264

C

Capaciteit
· capaciteitsverdeling spoor | 66-69
· gebrek aan transportcapaciteit elektriciteit en gas | 26-28, 282
Carrier select | 93-94
Cassatie-advocatuur | 136-137
Commissariaat voor de Media | 99-100
Commissie Gelijke Behandeling | 161-163, 240-241, 318-319
Concessie
· openbaar vervoer | 62-64, 65-66, 69-70, 77
Concessiewet personenvervoer | 60, 62-64
Contractdwang
· directe en indirecte | 4-5, 335-336
· ratio | 34-56, 73-78, 86-88, 102-105, 122-125, 130-131, 133-139, 151-152, 155, 169-172, 209-212, 328-332
· uitzonderingen op | 26-34, 71-73, 86-86, 101-102, 11-121, 127-130, 133, 145-151, 154-155, 168-169
Contracteerplicht | 3-6, 215-230
Contractvrijheid | 2-3, 327

D

Dienstenmarkt | 179-180
Directe contractdwang: zie onder contractdwang
Discriminatie | 159-163, 171, 239-245

Doorleveringsplicht in faillissement
(energie) | 260-261
Dooronderhandelingsplicht | 250-251
DTe | 13-14, 313-314

E

Elektriciteitssector | 10-11
Energieleveringsovereenkomst
· ontbinding | 262
· opschorting | 257-261
· opzegging | 262-263
· totstandkoming | 224-225, 232-234
Essential facility | 46-47, 189-198, 202-209
Essentiële faciliteit: zie onder essential facility
Exoneratie | 283-284, 287-290, 292-295

F

Feitelijke contractdwang | 5-6

G

Gassector | 11-13
Gedragsregels: zie onder beroeps- en gedragsregels
Geneeskundige behandelingsovereenkomst
· ontbinding | 277
· opschorting | 275-276
· opzegging | 275
· totstandkoming | 227-228
Geografische markt | 179-180
Gerechtsdeurwaarder
· contractdwang rustend op | 125-126
Gerechtsdeurwaarderswet | 125-128
Gereguleerde toegang | 17-18, 39-41
Geschillencommissies | 319-320
Grondrechten | 159-160, 171, 239-240, 300-301

H

Horecagelegenheid
· toegang tot: zie onder toegang
Huisarts: zie onder arts
Hulpverleningsplicht arts: zie onder arts

Huurlijnen | 94
Huurovereenkomst woning | 244-245

I

Indirecte contractdwang: zie onder contractdwang
Informatie-asymmetrie | 64, 123-125, 338-339
Infrastructuur
· toegang tot: zie onder toegang
Inschrijving in praktijk huisarts | 140, 143, 145-148
Intellectueel eigendomsrecht | 187-189, 202-209
Interconnectie | 94-98
Interoperabiliteit | 94-98

K

Kaderrichtlijn | 89
Kleine velden beleid | 12, 25

L

Levering van elektriciteit | 18-23, 257-263, 285-288
Levering van gas | 18-24, 257-263, 285-288
Leveringsweigering | 183-189
Liberalisering | 37-38, 46-49, 86-88, 102-106, 344-345

M

Machtigingsrichtlijn | 89
Machtspositie
· misbruik van | 181-194, 329
Marktwerking | 37-53, 56-57, 102-106, 337-340, 344-345
Mediawet | 98-99
Ministerieplicht
· advocaat en procureur | 132-133
· notaris | 107-111

N

Nakoming | 303-304
Netbeheer | 10, 15-18, 26-32, 256-257, 282-285
NMa | 13-14, 311-312
Noodleverantie elektriciteit | 20-23

Noodleverantie gas | 23-24

Noodzakelijke medicatie

- te verstrekken door apotheker | 153

Notaris

- geheimhoudingsplicht | 118
- zorgplicht | 113-117

O

Onderhandelde toegang | 17-18, 39-41

Onrechtmatige daad | 301-303

Onverzekerbaarheid | 169-171, 173-175

Openbaar aanbod | 230-247

Openbare dienstverplichtingen: zie onder universele dienstverplichtingen

Openbare telefoondienst | 97-98

Opgedragen postvervoer | 83-85, 266, 290-291

Opslag van gas | 17-18, 40

OPTA | 89-91, 312-313

Overeenkomst van opdracht

- ontbinding | 274-275
- opschorting | 273-274
- opzegging | 271-273
- totstandkoming | 227-228, 231-232

Overeenkomst van postvervoer

- ontbinding | 266
- opschorting | 266
- opzegging | 266
- totstandkoming | 226, 234

Overeenkomst telefonie

- ontbinding | 269-271
- opschorting | 267-269
- opzegging | 267-269
- totstandkoming | 227-233

P

Postbussen

- toegang tot | 81-83

Postwet | 81, 83, 85, 291-292

Precarrier select: zie carrier select

Prestatieplicht | 216-219

Productmarkt | 179-180

Programmaraad | 98-99

Programmaverantwoordelijkheid | 20-21

R

Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf | 163-164, 315-316

Rechtsvorderingen | 305-308

Redelijkheid en billijkheid als bron van verbintenissen | 305

Reële executie | 308-309

Relevante markt | 179-180

Risicoselectie | 160, 174-175

S

Schadevergoeding

- immateriële | 308
- in geld | 307-308
- in natura | 307

Sectoriële toezichthouders | 312-315, 320-324

Sectorspecifieke wetgeving | 38, 45-49

Spoorwegwet | 59-60, 66-69, 77

Sportfaciliteit

- toegang tot: zie onder toegang

Staking

- door artsen | 147-148

Standaardpakketpolis | 158-159, 279-280

Systeemcode | 20-23

T

Take or pay contracten | 12, 26, 28-29

Taxivervoer | 64-65

Telecommunicatiewet | 89-98, 101, 267

Toegang

- tot horecagelegenheid | 236-241
- tot infrastructuur | 37-38, 66-69, 189-190, 194-198, 328-330
- tot de kabel | 98-100
- tot netwerk | 91-92, 103-106
- tot sportfaciliteit | 236-241, 242-243
- tot veiling: zie onder veiling

Toegangsrichtlijn | 89

Transport

- van elektriciteit | 11, 16, 27-30
- van gas | 13, 16-17, 27-30

Treinvervoer | 70-75, 264-265

Tuchtrechtspraak | 315-317

U

Universeledienstrichtlijn | 89, 100
Universele dienstverplichting | 41-45,
100-101, 330-331

V

Vandalisme
· in het openbaar vervoer | 71-73,
264-265
Veiling
· toegang tot | 236-237
Verplichte procesvertegenwoordiging
| 134-139
Vervoerkamer | 68, 314-315
Vervoersovereenkomst
· ontbinding | 264-265
· opschorting | 265
· opzegging | 263-264
· totstandkoming | 225-226, 234-
235
Verzekeringsovereenkomst
· opschorting | 278-279
· opzegging | 277-278
· totstandkoming | 228
Verzekeringsplicht | 165-168
Verzekeringsspool | 170-173

W

Wanbetaling | 30-31, 32-33, 71, 121,
127, 150-151, 168, 257-261, 264-265,
267-270, 272-274, 275-279
Waterleidingwet | 14
Waterleverantie | 14
Wet aansprakelijkheid motorrijtuigen
| 165-167
Wet medisch-wetenschappelijk onder-
zoek met mensen | 167-168
Wet op de rechtsbijstand | 132
Wet op de toegang tot ziektekosten-
verzekeringen | 158-159, 168-169
Wet op het Notarisambt | 107-111, 118-
119, 125, 226
Wet personenvervoer 2000 | 59-60, 62-
65, 69-71, 264
Wilsgebreken | 248-249
Wilsovereenstemming | 219-222
Wilsvertrouwensleer | 219-222

Z

Ziekenfondswet | 6, 150-151
Zwart rijden | 71, 264-265