

## Openbaar aanbod en aanvaarding daarvan, in het bijzonder bij zwartrijden

*Henk Snijders*<sup>1</sup>

Zelf weet ik niets van sluitertijden, Jaap Hijma daarentegen speelt er mee als een hoffotograaf. Wie met Jaap op stap gaat, bijvoorbeeld voor de *Civil Law Reform* in China, wordt ook regelmatig op de foto gezet, zeker bij een excursie. Ik denk dan met name aan onze reis van de hoofdstad Beijing naar de keizerstad Chengde. Wij reden er naartoe in een eerste-klastrein, die geen eerste-klastrein genoemd mocht worden. De foto die Jaap van mij maakte in de trein, duidde erop dat ik het naar mijn zin had. Terug zaten wij in een derde-klastrein, die geen derde-klastrein genoemd mocht worden. De houten banken waren nog tot daaraan toe, maar de trein was vanwege het aanwezige levende gevogelte en ander dierenvolk – in termen van 2020 – bepaald niet coronaproof. De foto die Jaap van mij maakte op de terugweg vormde een scherp contrast met die van de heenweg. Nu hadden wij betaald voor de kaartjes en was er bepaald geen terugweg meer voor de vervoerovereenkomst; wij moesten het dus doen met een terugweg in onze derde-klastrein, die geen derde-klastrein genoemd mocht worden. Hoe nu als Jaap en ik geen kaartjes hadden betaald en clandestien waren meegereisd? Zouden wij dan toch geacht worden een vervoerovereenkomst te hebben gesloten voor onze treinreis vanaf Beijing of Chengde, althans tot het eerste de beste station waar wij uitstapten? Dit brengt mij op het onderwerp van deze bijdrage voor mijn zeer gewaardeerde ‘prox’, zoals hij mij ook noemde: hoe te denken over de vraag in hoeverre een overeenkomst tot stand komt in geval iemand een openbaar aanbod doet en een ander daar min of meer geforceerd gebruik van maakt. Hoe in het bijzonder te denken over een openbaar aanbod van vervoer en gebruik daarvan door een ‘zwartrijder’, dit laatste in het bijzonder naar aanleiding van het recente arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) in de gevoegde zaken van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (hierna: NMBS) tegen de zwartrijders Kanyeba, Nijs en Dedroog (hierna: Kanyeba).<sup>2</sup> Deze vragen worden zowel naar Europees als naar intern Nederlands recht bezien.

<sup>1</sup> De auteur zegt dank aan zijn PA Gerhard Poolman voor diens documentatie en diens commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage.

<sup>2</sup> HvJ EU 7 november 2019, C-349/18, C-350/18 en C-351/18, ECLI:EU:C:2019:936, *RvdW* 2020/440 (NMBS/Kanyeba c.s.).

## Europees recht: NMBS/Kanyeba

Over dit arrest valt veel te schrijven, mede in verband met de vraag of het boetebeding in een relatie tussen vervoerder en zwartrijder oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEU* 1993, L 95), dat de rechter ambtshalve buiten toepassing dient te laten. Ik beperk mij echter voornamelijk tot de onderdelen die voor de zojuist omschreven vragen relevant zijn.<sup>3</sup>

Aan de orde is een prejudiciële beslissing over EG-verordening 1371/2007 betreffende de rechten en verplichtingen van reizigers in het treinverkeer (hierna ook: VO Treinverkeer).<sup>4</sup> Art. 3 (8) van de VO Treinverkeer definieert een ‘vervoerovereenkomst’<sup>5</sup> als ‘een vervoerovereenkomst onder bezwarende titel of om niet tussen een spoorwegonderneming of een verkoper van vervoerbewijzen en de reiziger voor de levering van een of meer vervoerdiensten’. Het Hof oordeelt (r.o. 53) ‘dat onder het begrip ‘vervoerovereenkomst’ in de zin van deze bepaling ook de situatie valt waarin een reiziger zonder vervoerbewijs in een vrij toegankelijke trein stapt om een rit te maken’. Anders nog het Hof in het arrest *NMBS/Demey* van 2016, dat de vraag of er sprake is van een vervoerovereenkomst bij afwezigheid van een vervoerbewijs overlaat aan de nationale wetgever, een arrest dat door het Hof zelf thans volstrekt genegeerd wordt,<sup>6</sup> daarmee het gezag van zijn eigen rechtspraak ondermijnend.<sup>7</sup>

Het Hof baseert zijn oordeel thans op de bewoordingen van art. 3 (8) van de VO Treinverkeer, de context van deze bepaling en de doelstellingen van de VO Treinverkeer. Ten aanzien van de bewoordingen overweegt het met name (r.o. 36) ‘dat de term ‘overeenkomst’ in zijn gebruikelijke betekenis verwijst naar een wilsovereenstemming waarmee rechtsgevolgen worden beoogd, en dat deze ge-

3 Zie voor de oneerlijkheid van een dergelijk beding m.n. C.M.D.S. Pavillon, ‘Boetebeding onredelijk bezwarend, over naar de wettelijke schadevergoeding’, *WPNR* 2018/7217 en HvJ EU 26 maart 2019, C-70/17 en C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250, *NJ* 2020/9, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Abanca Corporación Bancaria*).

4 *PbEU* 2007, L 315.

5 De algemene voorwaarden van NS refereren aan een ‘vervoerovereenkomst’, maar spreken ook van een ‘vervoerbewijs’, die van NMBS refereren grotendeels aan een ‘vervoerovereenkomst’, de VO Treinverkeer spreekt van een ‘vervoerovereenkomst’ en het Hof doet dat in deze zaak in het algemeen ook. Zo ook Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 3), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr.305 en dat is voor deze bijdrage beslissend.

6 HvJ EU 21 september 2016, C-261/15, ECLI:EU:C:2016:709, *S&S* 2017/25 (*NMBS/Demey*). Zo ook de conclusie van A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2019:478, sub 33-53 voor HvJ EU 7 november 2019, C-349/18, C-350/18 en C-351/18, ECLI:EU:C:2019:936, *RvdW* 2020/440 (*NMBS/Kanyeba c.s.*), die sub 41, 44 en 49 expliciet verwijst naar het arrest *NMBS/Demey*.

7 Het zou te ver voeren in deze bijdrage om thans nader op het fenomeen van eigen jurisprudentie negerende uitspraken van het Hof zelf in te gaan, hoe interessant dit ook zou kunnen zijn mede in het licht van het lopende debat over de verhouding tussen het Hof en de hoogste rechters van de lidstaten.

volgen, in het door die verordening geregelde domein en gezien de tekst van die bepaling, hoofdzakelijk erin bestaan dat de spoorwegonderneming een of meer vervoerdiensten moet leveren aan de reiziger en dat deze laatste de prijs moet betalen, tenzij de vervoerdienst wordt geleverd om niet'. Het Hof concludeert hieruit (r.o. 37) 'dat door het verlenen van vrije toegang tot de trein enerzijds, en het instappen in die trein om een rit te maken anderzijds, de spoorwegonderneming en de reiziger hun overeenstemmende wil uiten om een contractuele relatie aan te gaan, zodat de voorwaarden voor een vervoerovereenkomst in beginsel zijn vervuld', maar dat hieruit 'niet [kan] worden opgemaakt of de reiziger noodzakelijkerwijs een vervoerbewijs moet hebben om te kunnen spreken van een 'vervoerovereenkomst' in de zin van deze bepaling'. Uit de context van deze bepaling – allerlei aanverwante regelingen – leidt het Hof af dat (r.o. 48) het vervoerbewijs 'slechts het instrument is dat de vervoerovereenkomst in de zin van verordening nr. 1371/2007 concretiseert'. Uit de tekst en de context van art. 3 (8) concludeert het Hof dan ook (r.o. 49) 'dat het begrip 'vervoerovereenkomst' van deze bepaling voor de toepassing van die verordening aldus moet worden begrepen dat het losstaat van de vraag of de reiziger een vervoerbewijs heeft en in die zin dus ook slaat op de situatie waarin een reiziger zonder vervoerbewijs in een vrij toegankelijke trein stapt om een rit te maken'. Die uitleg vindt steun, aldus het Hof (r.o. 50), in de drie doelstellingen van de VO Treinverkeer, die gericht zijn – ik parafraseer – op consumentenbescherming. Met name overweging 3 van de VO Treinverkeer spreekt boekdelen: 'Omdat de treinreiziger de zwakste partij bij het vervoercontract is, dienen de reizigersrechten in dit verband te worden gewaarborgd'.

Terzijde een enkele opmerking over die kwalificatie van de treinreiziger als 'de zwakste partij'. Of de treinreiziger, zoals hier gesuggereerd wordt, altijd de zwakste partij is bij een vervoercontract wil ik betwijfelen. Ik zie dat niet dadelijk voor mij bij een treinreiziger die over een poortje springt of het zelfs opblaast om een trein te bereiken om aldus in de visie van het Hof een vervoerovereenkomst te kunnen afdwingen. Ik zie het evenmin voor mij bij een overlast gevende treinreiziger, die door een vertegenwoordiger van de spoorwegmaatschappij zoals een conducteur tot de orde wordt geroepen en daarop slechts reageert door de man of vrouw tegen de grond te slaan. Ik zie het eigenlijk meer in het algemeen niet voor mij, nu de spoorwegmaatschappij zich kwetsbaar opstelt en overeenkomstig de met haar gesloten concessieovereenkomst<sup>8</sup> veelal ook wel zal moeten opstellen door een openbaar aanbod tot vervoer te doen en de treinreiziger dat in de visie van het Hof zonder de bereidheid tot enige tegenprestatie kan aanvaarden. Ik zie hier inderdaad wel onevenwichtigheid in de machtsverhoudingen, maar dan dus doorslaande naar de andere kant: niet de spoorwegmaatschappij maar de consument is op grondslag van de rechtsopvatting van het Hof oppermachtig.

Tot drie keer toe maakt het Hof in de geciteerde passages duidelijk dat het gaat om de situatie waarin een trein vrij toegankelijk is. Het gaat om 'het verlenen van vrije toegang tot de trein enerzijds' en om 'een reiziger [die] zonder vervoerbewijs in een

<sup>8</sup> Vgl. het Besluit van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 15 december 2014, IENM/BSK-2014/249869 (Concessie voor het hoofdrailnet 2015-2025).

vrij toegankelijke trein' stapt anderzijds. Dit roept allereerst de vraag op of wel gesproken kan worden van een vrij toegankelijke trein als er stationspoortjes zijn of andere obstakels, die de reiziger slechts na betaling, daarbij inbegrepen gebruik van een OV-chipkaart of een soortgelijk mechanisme, *lege artis* kan passeren. De vraag stellen is haar beantwoorden.

Aangenomen met het Hof dat er sprake is van een vrij toegankelijke trein, komt r.o. 37 in beeld. Deze is van cruciale betekenis, nu deze de gedragingen van vervoerder en reiziger combineert en daar een wilsovereenstemming uit afleidt. Het Hof construeert hier de wilsoverstemming door te overwegen dat 'door het verlenen van vrije toegang tot de trein enerzijds, en het instappen in die trein om een rit te maken anderzijds, de spoorwegonderneming en de reiziger hun overeenstemmende wil uiten om een contractuele relatie aan te gaan'. Is dit een solide constructie? Daar kan men ernstig aan twijfelen, reeds nu het openbaar aanbod ongetwijfeld als geclausuleerd moet worden aangemerkt in die zin dat slechts tegen betaling vrije toegang wordt aangeboden,<sup>9</sup> waardoor de 'aanvaarding' van een rit zonder het aangaan van en dadelijk voldoen aan een betalingsverplichting dan ook bezwaarlijk rechtens beschouwd kan worden als de aanvaarding van het gedane openbaar aanbod. De veronderstelling dat het openbaar aanbod niet geclausuleerd zou zijn, berust op een fictie. Dat geldt niet alleen in objectieve maar ook in subjectieve zin. Ik kom daar dadelijk meer in het algemeen op terug. Nu volstaat het aan te tekenen dat het Hof zich welhaast lijkt te vergalopperen door het puur feitelijk toegankelijk zijn van een trein, zonder meer te promoveren tot een wilsverklaring, waarop het zwartrijden dan nog zou aansluiten ook.<sup>10</sup> Dit klempt temeer, nu het Hof zich hier in supranationale en generale zin lijkt te willen uitlaten over de totstandkoming van overeenkomsten.<sup>11</sup>

Deze kritische noten laten zich echter ook ombuigen in nuanceringen. Een spoorwegmaatschappij zou haar openbaar aanbod bijvoorbeeld aan de hand van borden op het station uitdrukkelijk kunnen clausuleren door aan te geven dat men bereid is elke reiziger te vervoeren zij het uitsluitend na aanschaf van een vervoerbewijs; denk ook aan andere mogelijke clausuleringen zoals bijvoorbeeld ten aanzien van dronkenschap, drugs en feitelijk wapenbezit. Nog een andere nuancering. De stationspoortjes die inmiddels bij tal van spoorwegstations in Nederland zo zijn gepositioneerd dat men het perron niet *lege artis* kan bereiken zonder een vervoerbewijs (dat kan bestaan uit het gebruik van een OV-chipkaart), duiden erop dat er geen sprake is van een vrij toegankelijke trein en dat de betrokken spoorwegonderneming ter zake ook geen openbaar aanbod doet. Deze nuanceringen kunnen ook onderbouwd worden met een beroep op r.o. 51, tweede zin van het Hof. Daarin overweegt het Hof: 'Indien zou worden aangenomen dat deze reiziger, *louter* omdat hij bij het instappen geen vervoerbewijs heeft, kan

9 Vgl. voor Nederland art. 30 lid 3 Wp, dat de verplichting tot vervoer voor de concessiehouder beperkt tot reizigers die beschikken over een geldig vervoerbewijs.

10 Zie ook Hannes Claes, 'Treinreizigers zonder geldig vervoerbewijs: licht aan het einde van de tunnel?', *RW* 2020/22, p. 842.

11 Zie ook Coen Drion, 'Free riders', *NJB* 2019/2620.

worden geacht geen contractuele relatie te hebben met de spoorwegonderneming die vrije toegang tot haar treinen heeft verleend, zou die reiziger immers, *wegens omstandigheden die hem niet zijn toe te rekenen*, de rechten kunnen verliezen die verordening nr. 1371/2007 verbindt aan de sluiting van een vervoerovereenkomst, wat in strijd zou zijn met de in de overwegingen 1 tot en met 3 van deze verordening vermelde doelstelling van het beschermen van treinreizigers' (curs. HJS). Ik zou menen dat de omstandigheden waardoor bovenbedoelde clausuleringen worden ingegeven nu juist in de regel wél vallen toe te rekenen aan de reiziger. Dat geldt in het bijzonder ook voor het zwartrijden. Bij het zwartrijden gaat het dan niet om het louter zonder vervoerbewijs rijden maar ook en juist om het willens en wetens negeren van de clausulering van het aanbod van de spoorwegmaatschappij. Hier past echter weer een nadere kanttekening. Daar waar het zwartrijden niet aan de reiziger kan worden toegerekend, bijvoorbeeld omdat het vanwege technische redenen (bijvoorbeeld kapotte automaten) onmogelijk is voor hem om zich een vervoerbewijs aan te schaffen en er geen conducteur is, die hem daar alsnog aan kan helpen, laat zich wel een vervoerovereenkomst aannemen. Men mag het geclausuleerde aanbod van de spoorwegmaatschappij zo uitleggen dat het niet ziet op redelijkerwijs onvermijdelijk zonder vervoerbewijs rijden. Men zou echter ook kunnen zeggen dat de term zwartrijden daarop überhaupt niet ziet, daar gaat het hier in ieder geval niet om.

Zoals de lezer kan vaststellen, zijn de beschouwingen van het Hof deels gekoppeld aan art. 3 (8) VO Treinverkeer. Gezien de directe werking van de VO Treinverkeer in Nederland, staat nu ook naar Nederlands recht vast dat een vervoerovereenkomst met een zwartrijder in het treinverkeer tot stand kan komen door een openbaar aanbod van een vrij toegankelijke trein dat de zwartrijder accepteert simpelweg door, inderdaad, zwart te gaan rijden. Nederlandse wetgeving ter zake ontbreekt; afdeling 8.2.5 BW over binnenlands openbaar personenvervoer en in het bijzonder definitiebepaling art. 8:100 BW zegt er niets over. Zou niettemin hetzelfde al niet gelden op grond van ons algemeen overeenkomstenrecht en laat de rechtsregel van NMBS/Kanyeba zich dan ook niet extrapoleren? Geldt dan niet meer in het algemeen dat degene die een openbaar aanbod geforceerd 'aanvaardt' door de aangeboden prestatie tot zich te nemen zonder te voldoen en te willen voldoen aan de door de aanbieder vereiste tegenprestatie toch een overeenkomst tot stand brengt?

## Intern Nederlands recht

Aangenomen wordt wel dat ongeacht de vraag of de vervoerprijs vooraf is betaald (als gezegd met inbegrip van een vergelijkbaar mechanisme zoals het gebruik van een OV-chipkaart bij stationspoortjes), een vervoerovereenkomst tot stand kan komen.<sup>12</sup> Dat is ook niet zo vreemd; tenslotte wordt ook aangenomen dat een

<sup>12</sup> Zie bijv. *Asser/Japikse 7-1 2004/337*, I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2005, p. 234 en I.S.J. Houben, 'Verplichte OV-kaart voor zwartrijders: sterk staaltje contractdwang?', *Contracteren* 2006/3.2, p. 54 e.v., i.h.b. p. 56.

koopovereenkomst zonder voorafgaande betaling van de koopprijs tot stand kan komen ook al is die gestipuleerd,<sup>13</sup> en iets soortgelijks geldt in het algemeen ook voor andere overeenkomsten. Dat laat zich echter ‘wegcontracteren’. Zo kan men bijvoorbeeld overeenkomen dat men een goed verkoopt onder de opschortende voorwaarde van voorafgaande betaling van het te leveren goed of een reiziger vervoert onder de opschortende voorwaarde van voorafgaande betaling van het te leveren goed.

Dit brengt mij meteen, maar eigenlijk nogmaals, op het punt dat een aanbod geclausuleerd kan worden gedaan. Dat geldt ook voor een aanbod voor een vervoerder zoals een spoorwegmaatschappij. Zelf meen ik dat bepaalde clausules ten aanzien van een openbaar vervoersaanbod kunnen worden beschouwd als ‘*implied terms*’.<sup>14</sup> In de Nederlandse literatuur wordt voor de vraag of een aanbod als impliciet geclausuleerd moet worden aangemerkt wel gerefereerd aan de omstandigheden van het geval.<sup>15</sup> Men kan hier onderscheid maken tussen (wat ik maar noem) objectieve en subjectieve clausulering. Een standaardvoorbeeld van objectieve clausulering is de niet geëxpliciteerde begrenzing van het aanbod tot verkoop in die zin dat de aanbieder iets aanbiedt ‘zolang de voorraad strekt’.<sup>16</sup> Een standaardvoorbeeld van subjectieve clausulering van een aanbod tot vervoer zou kunnen zijn dat het aanbod zich niet uitstrekt tot zwartrijders en evenmin tot ernstig dronken of zwaar gedrogeerde lieden dan wel illegaal bewapende personen.<sup>17</sup> Niet alleen op de objectieve clausulering maar ook op de subjectieve clausulering van een openbaar aanbod vraagt de wilsvertrouwensleer van art. 3:33-35 BW om onverkorte toepassing. Kandidaat-reizigers dienen in redelijkheid te begrijpen dat het openbaar aanbod van een vervoerder niet ziet op zwartrijders, ernstig dronken of zwaar gedrogeerde lieden dan wel illegaal bewapende personen. Deze loepzuivere toepassing van de wilsvertrouwensleer van art. 3:33-35 BW vraagt

---

13 Zie bijv. *Asser/Hijma 7-I* 2019/727 e.v.

14 Vgl. voor dat begrip bijv. E.G. McKendrick, *Contract Law: Text, Cases and Materials* (6<sup>th</sup> edition), Oxford: Oxford University Press 2014, p. 333-365, J. Beatson, A. Burrows & John Cartwright, *Anson's Law of Contract* (30<sup>th</sup> edition), Oxford: Oxford University Press 2016, p. 161 e.v. en R. Austen-Baker, *Implied Terms in English Contract Law* (2<sup>nd</sup> edition), Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017.

15 Vgl. bijv. Y.G. Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW (online, bijgewerkt 9 januari 2018), (o.m.) aant. 3.99.5.1, 3.100, 3.104, 3.107.1-2, 3.108, 3.109 en 3.125 alsmede de daar aangehaalde bronnen, (waaronder) Houben, diss., a.w., p. 234-235, C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (O&R nr.89) 2016/5.3.1, *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/169 en *Asser/Hijma 7-I* 2019/295.

16 Zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/169 en W.L. Valk, in: Jac. Hijma c.s., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 3), Deventer: Wolters Kluwer 2019/60.

17 In deze geest bijv. ook Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden) 2005, p. 231, C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (Onderneming en Recht nr. 89) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nrs. 227 en 228 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/169.

om toepassing in combinatie met het nog steeds ook ernstig te nemen eerste lid van art. 6:217 BW: ‘Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan’.<sup>18</sup> Een kandidaat-zwartrijder bijvoorbeeld krijgt in de regel (afgezien dus van onvermijdelijk zonder vervoerbewijs rijden) geen aanbod en kan dat dan ook niet aanvaarden. Kennelijk denkt het Hof daar anders over, althans voor het spoorverkeer. De spoorwegmaatschappij doet er dus vanuit juridisch oogpunt goed aan om zijn openbaar aanbod duidelijk te expliciteren en te clausuleren op daarvoor in aanmerking komende plaats zoals borden voor aankomst en vertrek in stations en op de deuren van treinen. Dat geldt ook voor de genoemde clausules ten aanzien van ernstig dronken of zwaar gedrogeerde lieden dan wel illegaal bewapende personen (ik herhaal nog maar eens enige in het oog springende subjectieve clausuleringsmogelijkheden zonder de pretentie van volledigheid). Wachten totdat betrokkenen overlast bezorgen,<sup>19</sup> is niet alleen feitelijk maar ook juridisch onhandig, nu de (volgens het Hof althans) gesloten overeenkomst dan met terugwerkende kracht zou dienen te worden vernietigd of ontbonden. Men moet dat juridische station proberen voor te zijn.

## Conclusie

Een openbaar aanbod kan niet alleen objectief maar ook subjectief geclausuleerd zijn. Die clausulering kan impliciet gestalte krijgen. De wilsvertrouwensleer is ook hier beslissend. Dat geldt voor de objectieve clausulering zoals in het geval dat een aanbod tot verkoop wordt gedaan ‘zolang de voorraad strekt’, maar ook voor de subjectieve clausulering. Aspirant-zwartrijders (anderen dus dan degenen die redelijkerwijs onvermijdelijk zonder vervoerbewijs dienen te rijden), ernstig dronken of zwaar gedrogeerde lieden en illegaal bewapende personen mogen er in redelijkheid niet op vertrouwen dat een openbaar aanbod tot het aangaan van een vervoerovereenkomst zich ook tot hen uitstrekt. Daar waar er aanleiding bestaat voor de aanbieder om aan te nemen dat een bepaalde door hem gewenste clausulering door de rechter, al dan niet op grond van regelgeving, niet in het aanbod gelezen zal worden, zoals in het geval van treinverkeer binnen de EU, kan het aanbeveling verdienen die clausulering duidelijk en tijdig voor het aangaan van de overeenkomst onvermijdelijk kenbaar voor de reiziger te expliciteren. Voor andere vervoerovereenkomsten geldt *mutatis mutandis* hetzelfde behoudens voor zover dwingend recht daaraan in de weg staat.

<sup>18</sup> Op de kopijdatum van deze bijdrage ligt een min of meer spiegelbeeldige zaak bij het Hof ter beoordeling gereed op grond van een prejudiciële vraag van de Hoge Raad. Vgl. HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1730, *NJ* 2020/19 en HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1972, *NJ* 2020/20 (*Waternet/Verweerder*) (ongevraagde waterlevering) en de conclusie van A-G Drijber voor deze arresten, ECLI:NL:PHR:2019:739, sub 4.3-4.10.

<sup>19</sup> Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden) 2005. Vgl. bijv. ook Rb Utrecht 10 december 1985, ECLI:NL:RBUTR:1985:AH0973, *KG* 1986/54.

Het is verleidelijk om bovenstaande beschouwingen te extrapoleren naar andere overeenkomsten, maar dat kan niet zo maar. Wet en aard van de overeenkomst kunnen hieraan in de weg staan; ook de omstandigheden van het geval kunnen hier om een andere invulling vragen.

In ieder geval hebben de conclusies alleen betrekking op een openbaar aanbod en met name niet op de aanvaarding daarvan. Een zekere reflexwerking kan echter wel ontleend worden aan gevallen waarbij een van de partijen min of meer verplicht is het aanbod van de ander te aanvaarden. Men neme bijvoorbeeld de zorgverzekeringsovereenkomst voor zover het gaat om de zogenoemde basisverzekering. Niet de zorgverzekeraar maar de aspirant-verzekeringnemer is hier de aanbieder (vgl. art. 3 Zorgverzekeringswet). Die zorgverzekeraar is 'desgevraagd' verplicht om met of ten behoeve van een verzekeringsplichtige, die in het werkgebied van de verzekeraar of in het buitenland woont, een zorgverzekeringsovereenkomst te sluiten (art. 3 lid 1 Zorgverzekeringswet), zij het dat hij bepaalde fraudeurs en wanbetalers als verzekerde mag weigeren. Zie hier een voorbeeld van zowel objectieve als subjectieve clausulering *ex lege*, die voor zover *a contrario* in de weg staat aan nadere objectieve of subjectieve clausulering *ex contractu*. Zie hier tevens een van de vele voorbeelden van contractdwang. Het voert te ver daar in deze bijdrage nader op in te gaan.<sup>20</sup> Ik zou wel zo ver willen gaan dat in alle gevallen waarbij feitelijk of rechtens enigerlei vorm van contractdwang aan de orde is, het aanbeveling verdient zorgvuldig na te gaan of die niet objectief of subjectief geclausuleerd is of contractueel geclausuleerd kan worden.

## Enige restvragen

Ten slotte nog enige aandacht voor wat praktische rest- en rechtsvragen ten aanzien van het vervoer.

Hoe nu, indien de reiziger een ongeval overkomt, dat aan de vervoerder toe te rekenen is, bijvoorbeeld in het schrijnende geval dat de reiziger door een fout van de vervoerder beklemd raakt tussen dichtgaande toegangsdeuren en meegesleurd wordt door de rijdende trein, bus of een soortgelijk voertuig?<sup>21</sup> Voor zover de VO Treinverkeer van toepassing is, dient dan aansprakelijkheid op grond van de vervoerovereenkomst aangenomen te worden. In andere gevallen zal aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad een optie zijn.

De praktische vraag is nog wel hoe de vervoerder bij afwezigheid van een door hem aangeboden en door de reiziger aanvaarde vervoerovereenkomst recht wordt gedaan door vergoeding van de vervoerprijs en een eventuele boete. De vervoerprijs, voor zover niet betaald – en dat is per definitie aan de orde bij de zwartrijder – kan op grond van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking of onverschul-

<sup>20</sup> Zie voor een caleidoscopisch overzicht van allerlei vormen en varianten van contractdwang bijv. de hierboven aangehaalde publicaties van Houben.

<sup>21</sup> Rb. Utrecht 18 december 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AF2338, *Prg.* 2003/5998, m.nt. P. Abas.

digde betaling geïncasseerd worden. Een (andere) overlast gevende reiziger kan voor door hem veroorzaakte schade aangesproken worden uit onrechtmatige daad. Blijft de boete staan die een zwartrijder zou dienen te betalen? Betoogd zou kunnen worden dat het gedrag van de zwartrijder kan worden geduid als een wilsverklaring die neerkomt op een aanbod om vervoerd te worden. De vervoerder zou dat aanbod dan stilzwijgend kunnen accepteren tegen betaling van de vervoerprijs en een boete. Naar ik vrees zou op die spiegelbeeldige vervoerovereenkomst dan toch Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten<sup>22</sup> van toepassing zijn, gegeven dat die boete dan toch eveneens zou berusten op de algemene voorwaarden aan de zijde van de vervoerder, maar dan andere dan de gebruikelijke waarbij de vervoerder het aanbod doet en de reiziger dit accepteert. Wie een dergelijk boetebeding, gesteld dat het in de eerder beschreven situatie van een aanbod van de vervoer als oneerlijk zou moeten worden aangemerkt, ook in dit spiegelbeeldige geval met succes door een rechter als oneerlijk boetebeding gekwalificeerd zou willen krijgen, moet dan echter wel van zeer goede huize komen, zeker gezien art. 4 lid 1 van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, waar dit bepaalt dat ‘voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst (...) in aanmerking [worden] genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft’. Nu komt Jaap Hijma van zeer goede huize, maar zelfs hij krijgt die kwalificatie als oneerlijk beding vermoedelijk niet voor elkaar. Ik denk ook niet dat hij dit zou willen bepleiten, anders moeten wij het daar nog maar eens over hebben in de trein van Beijing naar Chengde.

---

22 *PbEU* 1993, L 95.