



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Europees contractenrecht Techniek en moraal

Houben, I.S.J.; Jansen, K.J.O.; Memelink, P.; Nieuwenhuis, J.H.; Reurich, L.

Citation

Houben, I. S. J., Jansen, K. J. O., Memelink, P., Nieuwenhuis, J. H., & Reurich, L. (2007). Europees contractenrecht Techniek en moraal. *Bw-Krant Jaarboek*, 22. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36782>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36782>

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

Europees contractenrecht
Techniek en moraal

Europees contractenrecht Techniek en moraal

I.S.J. HOUBEN, K.J.O. JANSEN, P. MEMELINK,
J.H. NIEUWENHUIS & L. REURICH
(red.)

met bijdragen van:

C.H. Bezemer
B. Brokkaar
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy
J.F.M. Janssen

J.M. Hebly
Jac. Hijma
I.S.J. Houben
P.A.C.E. van der Kooij

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

© 2007 Houben, Jansen, Memelink, Nieuwenhuis & Reurich

Kluwer, Deventer

ISBN 90-1304-036-5

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische vervaelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF: DE TECHNIEK VAN DE MORAAL	VII
1 Universele dienstverplichtingen: moreel tegenwicht van technische liberaliseringswetgeving? <i>I.S.J. Houben</i>	1
2 Begrenzing van consumentenbescherming, gezien bij 'koop op afstand' <i>Jac. Hijma</i>	23
3 Timeshare, niet goed geen geld terug? <i>J.F.M. Janssen</i>	41
4 Het transparantiebeginsel in het voortraject van een overheidsopdracht <i>B. Brokkaar en J.M. Hebly</i>	69
5 Beperking van het recht op vrije arbeidskeuze <i>Y.L.L.A.M. Delfos-Roy</i>	83
6 Techniek en moraal in het octrooirecht <i>P.A.C.E. van der Kooij</i>	103
7 Romeins recht vs. sociale rechtvaardigheid. Een voorbeeld uit de Republiek <i>C.H. Bezemer</i>	121

Woord vooraf

De techniek van de moraal

De nationale wetgever wordt in toenemende mate geconfronteerd met Europese richtlijnen die in het nationale contractenrecht moeten worden geïmplementeerd. Deze richtlijnen zijn doorgaans opgesteld met het oog op een bepaalde, met zoveel woorden omschreven ‘moraal’: consumentenbescherming, vrije arbeidskeuze, contractvrijheid, vrije mededinging. De vraag of de ‘Europese moraal’ zich in het nationale stelsel verwezenlijkt beweegt zich op een veel concreter vlak. Implementatie van richtlijnen in het nationale rechtstelsel is immers een bij uitstek *technische* aangelegenheid.

Hoe wordt de Europese moraal in het eigen rechtstelsel technisch verwezenlijkt? Kan door de techniek de moraal in het gedrang komen? En in hoeverre is de moraal van de techniek afhankelijk?

In deze bundel worden die vragen besproken op verschillende terreinen van het contractenrecht. Houben richt haar aandacht op de universele dienstverplichting die erin moet resulteren dat een minimumpakket van diensten contractueel voor een ieder toegankelijk is. Hijma bespreekt de regeling van de koop op afstand, op grond waarvan hij enkele meer algemene uitspraken over de grenzen van de consumentenbescherming doet. Janssen laat zien dat de Nederlandse regeling van de *timeshare* ernstig tekortschiet om de consumentenbescherming te realiseren. Brokkaar en Hebly bespreken de vraag in hoeverre ‘Europese’ verplichtingen gelden voor aanbestedingen die buiten het toepassingsbereik van de algemene aanbestedingsrichtlijn vallen. Schrijvers bieden een kritische bespreking van de wens van de Europese Commissie om, door een extensieve interpretatie van enkele bepalingen uit het EU-verdrag, een algemene publicatieplicht voor overheden aan te nemen – ook in geval de aanbesteding buiten het toepassingsbereik van de richtlijn valt. De bijdrage van Delfos-Roy schetst een aantal contractuele inperkingen van het (Europese) recht op vrije keuze van arbeid, zoals het concurrentiebeding en het belemmeringsbeding. Zij laat zien in hoeverre deze bedingen, mede in het licht van het uitgangspunt van vrije arbeidskeuze, een toetsing op grond van hetzij het leerstuk der algemene voorwaarden (art. 6:233 BW), hetzij de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) kunnen doorstaan. De bijdrage van Van der Kooij richt zich op de implementatie van de richtlijn biotechnologie in het octrooi-recht. Hij laat zien dat de Europese poging om een transnationale moraal te formuleren door de octrooiëring van bepaalde uitvindingen op het gebied van biotechnologie in strijd met de openbare orde en goede zeden te verklaren, in feite op emoties en niet op zakelijke argumenten is gestoeld. Bezemer geeft

ten slotte een analyse van een ‘implementatie’ van een Europees recht *avant la lettre*. Het naastingsrecht – het recht van een persoon om zich in de plaats van de koper te stellen indien hij de koopsom en eventuele andere kosten betaalt – werd in het nationale recht wel maar in het Romeinse recht niet erkend. Bezemer beschrijft hoe met deze tegenstelling door rechtsgeleerden ‘strategisch’ is omgegaan en wijst op de relevantie daarvan voor het huidige debat over de Europese invloed in het nationale rechtstelsel.

Europese moraal en Nederlandse techniek – dat is de rode draad die de bijdragen in deze bundel met elkaar verbindt. Wat in het oog springt is dat de termen ‘techniek’ en ‘moraal’ niet als een tegenstelling naar voren komen. De meeste bijdragen maken juist een intrigerend samenspel inzichtelijk. Houben stelt dat de universele dienstenverplichting niet *tegenover* de liberaliseringspolitiek staat, maar haar verteerbaar maakt. Eenzelfde observatie doet Hijma op het terrein van consumentenbescherming die, waar zij de contractvrijheid begrenst, deze tegelijk nader legitimeert. In de bijdrage van Janssen is de ‘moraal’ van de technische vormgeving geheel afhankelijk: vanwege de gebreken die de implementatie van de timesharerichtlijn op het technische niveau van nationale wetgeving vertoont, kan zij geen halt toeroepen aan immoreel handelende verkopers van timeshares. Delfos-Roy schetst een aantal nationale technieken die de Europese moraal van de vrije arbeidskeuze moeten veiligstellen.

Als de gedachte al zou bestaan dat in het (Europese) contractenrecht een ‘dubbele moraal’ zou bestaan – de ene van Europese, de andere van nationale snit – dan wordt die gedachte in nagenoeg alle bijdragen ontkracht. De morele waarden die de diverse richtlijnen op het oog hebben, worden immers ook in de nationale rechtstelsels aangetroffen. De enige uitzondering daarop biedt de bijdrage van Van der Kooij, waarin wordt aangetoond dat ‘Europa’ op het gebied van biotechnologie er niet in slaagt om een transnationale moraal te ontwikkelen, doch dat heeft meer van doen met verschillen van inzicht tussen de lidstaten dan tussen de lidstaten en ‘Europa’.

Hoewel van een dubbele moraal dan niet kan worden gesproken, tekent zich wel iets af dat een ‘dubbele techniek’ kan worden genoemd. Het Nederlandse contractenrecht is een toonbeeld van de zogenaamde ‘relativeringstendens’. Het voorziet in een veelheid van instrumenten om zo genuanceerd mogelijk, op initiatief van partijen, in overeenkomsten in te grijpen. In vergelijking met het oude BW komt deze relativeringstendens tot uitdrukking in de opmars van de sanctie der vernietigbaarheid, nieuwe mogelijkheden tot wijziging en aanpassing van overeenkomsten en diverse instrumenten tot *gedeeltelijke* aantasting van overeenkomsten. De techniek van ‘Europa’ is een andere: een voor de consument eenvoudig te hanteren ‘alles-of-niets’-systeem. Dat komt naar voren uit het ‘ongenuanceerde’ ontbindingsrecht bij verkoop op afstand en koop van onroerende zaken die voor bewoning zijn bestemd. Het

blijkt eveneens uit de keuze van de Europese rechter voor een ambtshalve toetsing van de oneerlijkheid van algemene voorwaarden.

Vanwege het terrein waarop deze bundel zich beweegt – het contractenrecht – kan nog een andere verbindende gedachte worden blootgelegd. In de verschillende bijdragen komen twee ‘gezichten’ van de contractvrijheid naar voren. In navolging van Isaac Berlin zou men kunnen onderscheiden tussen de negatieve vrijheid als de vrijwaring *van* inmenging door anderen en de positieve vrijheid als de vrijheid van het individu *om* zichzelf te ontplooiën. De ‘negatieve’ vrijheid is karakteristiek voor het klassieke contractenrecht dat immers tot uitgangspunt heeft dat, zolang de buitengrens van art. 3:40 BW niet wordt overschreden, een ieder vrij is om te contracteren met wie men wil en met welke inhoud men wil. Klassieke leerstukken als dwaling, bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden zijn in de kern erop gericht om die vrijheid te beschermen. Indien het wilsvormingsproces is verstoord maakt dat een overeenkomst aantastbaar. Verstoorde vrijheid voert tot verstoorbare gebondenheid. Ook de Europese regelgeving is, met het oog op het realiseren van een vrije markt van goederen en diensten, in eerste instantie gericht geweest op liberalisering, dat wil zeggen het terugdringen van belemmeringen van de markt. Hoewel ook de contractvrijheid een fundamentele morele waarde is heeft zij vanwege haar ‘negatieve’ karakter geen herkenbaar sociaal gezicht. Wat in een aantal bijdragen treffend naar voren komt is dat contractvrijheid nog een andere, meer ‘positieve’ zijde heeft. Houben laat zien dat de universele dienstenverplichting moet bewerkstelligen dat elke burger ten aanzien van een standaardpakket van diensten kan contracteren. Ook de bijdrage van Delfos-Roy maakt duidelijk hoe de vrijheid om een arbeidsovereenkomst aan te gaan kan worden beperkt door contractuele regelingen die vervolgens, vanwege de moraal van de vrije arbeidskeuze, mogelijk aantastbaar zijn.

Techniek en moraal. Het is niet het een *of* het ander – dat maken de bijdragen in deze bundel inzichtelijk. De twee begrippen, die de redactie in eerste instantie voorkwamen als elkaars tegenpolen, blijken elkaar op subtiele manier aan te vullen en te beïnvloeden. Geen ‘techniek *of* moraal’ maar de ‘techniek *van* de moraal’.

Deze bundel het tweede BWKJ dat wordt uitgegeven binnen de Meijers-reeks en waarin een (deel)thema van het onderzoeksprogramma ‘Constitutionalisering, transnationalisering en de eenheid van Nederlands vermogensrecht’ centraal staat. De redactie dankt scheidend redacteur Robert Verburg voor de vele werkzaamheden die hij in de afgelopen jaren binnen haar gelederen heeft verricht. De redactie zal zijn humoristisch-relativerende opmerkingen missen. Zij verwelkomt ondertussen Kasper Jansen in haar midden.

1 | Universele dienstverplichtingen: moreel tegenwicht van technische liberaliseringswetgeving?

I.S.J. Houben[■]

1 INLEIDING

Deze bijdrage gaat over universele dienstverplichtingen. Toch begin ik met een citaat over een ander onderwerp: de dienstenrichtlijn, ook wel genoemd de 'Bolkestein-richtlijn'. Het citaat betreft de volgende verklaring uit de Conclusies van het Voorzitterschap van de Europese Raad van 23 en 24 maart 2006:¹

'57. Onder verwijzing naar zijn conclusies van maart 2005 en de conclusies van de Raad Concurrentievermogen van 13 maart 2006 benadrukt de Europese Raad dat de interne markt voor diensten volledig operationeel moet worden gemaakt, terwijl het Europees sociaal model behouden moet blijven door te zorgen voor een brede consensus over de dienstenrichtlijn. (...)'

In de *editorial comments* van de Common Market Law Review wordt hier kritisch op gereageerd:²

'At first sight this statement of the European Council may seem to provide a nicely balanced summary of the diverse interests involved in the legislative process of this high profile directive. Upon closer inspection, this anodyne conclusion is yet another example of the perfect double speak with which the members of the highest institution of the EU try to suggest that adherence to conflicting goals in the Community is perfectly possible without sacrificing in any way the focus of the objectives.

How different is the political reality in the face of the difficult policy choices that need to be made in the context of the comberstone gestation process of what came to be known as the Bolkestein directive.

■ I.S.J. Houben is universitair hoofddocent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Met dank aan mr. drs. H.P.A. Knops voor het toezenden van de recente publicatie over publieke dienstverplichtingen in de EU in het algemeen en in de energiesector in het bijzonder: H. Knops, P.J. Slot, K. Wilkeshuis & H. de Jong, 'Public service obligations: how to realise their potential in the European energy industry?', in: *Proceedings of the 29th IAEE International Conference*, 7-10 June 2006, Potsdam, Germany, International Association for Energy Economics: Cleveland OH 2006.

1 <http://europa.eu/european_council/conclusions/index_nl.htm> onder Conclusies van het voorzitterschap.

2 Editorial comments, *CML Rev* 2006, p. 307-308.

(...) The proposal (...) quickly became the focus of ire of all those on several sides of the political spectrum denouncing its anti-social market nature. The proposal became one of the main symbols for the “non” and “nee” voters in French and Dutch referenda last year.’

Waarom een citaat over de dienstenrichtlijn in een bijdrage die niet over die richtlijn gaat? De relevantie betreft ten eerste de constatering dat sprake is van tegenstrijdige doelstellingen, een probleem dat later in deze bijdrage zal terugkeren. Ten tweede is de tegenstand die wordt gesignaleerd tegen de ‘anti-social market nature’ van de richtlijn en de verbinding met de verwerping van het grondwettelijk verdrag in de referenda in Frankrijk en Nederland relevant. Het gaat om een weerstand die meer of minder recent ten aanzien van vele onderwerpen in de EU de kop op steekt en die mijns inziens alles te maken heeft met het onderwerp van deze bundel: techniek en moraal. Er is sprake van een wijdverbreid verzet tegen de technocratische regelgeving in de EU. Een verzet dat leidt tot een roep om een bezinning op de morele kanten van de regelgeving, op de grondslagen van het recht.³ Eén van de vrij algemeen ondersteunde interpretaties van het Franse en Nederlandse ‘nee’ is dan ook dat de kiezers de EU beschouwen als neoliberal en onvoldoende sociaal.⁴

Eén van de andere belangrijke uitingen van verzet tegen een technocratische aanpak van het recht in de EU, is de roep om een Europees contractenrecht dat gefundeerd is op gedeelde beginselen. Deze roep is een reactie op de door de Commissie uitgebrachte mededeling over dit onderwerp.⁵ In deze mededeling ziet men een – wederom – instrumentele aanpak om te komen tot een geharmoniseerd Europees contractenrecht, daar waar een inhoudelijk debat over gemeenschappelijke grondslagen van het contractenrecht gewenst wordt

Universele dienstverplichtingen zijn in dit verband volgens mij interessant, omdat het recht met betrekking tot deze verplichtingen reeds een ontwikkeling heeft doorgemaakt van hoofdzakelijk technocratische regelgeving naar een bezinning op de achterliggende waarden ervan.

3 Vgl. E. Szyszczak, ‘Public service provision in competitive markets’, *Yearbook of European law* 2001, Oxford: Oxford University Press, p. 38; L. Flynn, ‘Competition policy and public services in EC law after the Maastricht and Amsterdam Treaties’, in: D. O’Keefe & P. Twomey, *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing 1999, p. 188 en 198.

4 Dit geldt voor Frankrijk; zie V. Hatzopoulos, ‘A (more) social Europe: a political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon’, *CML Rev* 2006, p. 1599; en – wellicht in iets mindere mate – ook voor Nederland; J.C. Piris, *The Constitution for Europe. A legal analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 19-24. Volgens Hatzopoulos is dit oneerlijke kritiek, omdat de EU juist recentelijk verantwoordelijkheden op sociaal gebied heeft aanvaard.

5 Mededeling van de Commissie aan het Europees parlement en de Raad. Een coherenter Europees verbintenissenrecht. Een actieplan, COM(2003)68 def.

Universele dienstverplichtingen zijn in eerste instantie tot ontwikkeling gekomen als neveneffect van het liberaliseringsproces dat binnen verscheidene, voorheen veelal monopolistische, sectoren in de EU gaande is. Te denken valt aan de energiesector, de telecommunicatiesector en de postsector. Europese richtlijnen dwingen tot liberalisering van deze voorheen monopolistische markten. Deze wetgeving is te beschouwen als ordeningswetgeving en in die zin als techniek. Als reactie op, en in samenhang met, deze technische liberaliseringswetgeving heeft de figuur van de universele dienstverplichtingen in Europa sterk aan invloed gewonnen.

Universele dienstverplichtingen hebben betrekking op diensten van algemeen belang, die voor iedere burger in de Europese Unie tegen een redelijke prijs beschikbaar zouden moeten zijn. In dezelfde richtlijnen als waarin de genoemde markten worden geliberaliseerd, worden ook deze diensten aangewezen, waarvan de voorziening ondanks de liberalisering gegarandeerd moet blijven. Deze beweging kan niet alleen vanuit een perspectief van marktwerking worden verklaard: een markt kan prima functioneren terwijl een gedeelte van de potentiële klanten niet wordt bediend. Het gaat hier echter om een sociaal en moreel aspect: het is niet aanvaardbaar dat binnen de EU burgers niet tegen een betaalbare prijs de beschikking over elektriciteit of telefoon zouden hebben.

De instrumentele ordeningswetgeving blijkt dus morele tegenkrachten op te roepen. De ontwikkeling van het concept van universele dienstverplichtingen en diensten van algemeen belang is een voorbeeld van een terugkerend thema in het proces van de ontwikkeling van de EU. Het gaat om het zoeken naar een evenwicht tussen overwegingen die gebaseerd zijn op de markt en overwegingen die meer te maken hebben met cohesie en sociale solidariteit.⁶

2 OMSCHRIJVING UNIVERSELE DIENSTVERPLICHTINGEN

2.1 Inleiding; terminologie

Een universele dienstverplichting is een verplichting die op een onderneming wordt gelegd om zorg te dragen voor bepaalde diensten van algemeen of publiek belang.⁷ Er zijn verschillende termen voor dit publiek belang in omloop. De Commissie heeft in 2003 een Groenboek over diensten van algemeen belang uitgebracht, in 2004 gevolgd door een Witboek.⁸ In het Groenboek

6 Vgl. M. Ross, 'Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?', *European Law Review* 2000, p. 34.

7 In deze paragraaf heb ik gebruik gemaakt van passages uit mijn dissertatie: I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 41-45.

8 COM(2003)270 def. Zie eerder reeds de mededeling van de Commissie: De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3), resp. COM(2004)374 def.

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 begrippen ‘universele dienstverplichting’ en ‘publieke dienstverplichting’ worden in de EG-richtlijnen als synoniemen gebruikt.⁹ Zo wordt in de post- en telecomrichtlijnen over universele dienst gesproken,¹⁰ in de elektriciteitsrichtlijn over zowel openbare dienstverplichting als universele dienst¹¹ en in de gasrichtlijn over openbare dienstverlening, openbare dienstverplichting en zelfs openbare dienstverleningsverplichting.¹² In het eerdergenoemde Groenboek en Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang wordt gesproken over openbare dienstverplichtingen.¹³

In het vervolg van deze bijdrage zal ik steeds de term ‘universele dienstverplichting’ hanteren. Voorts is van belang te weten dat een eenduidige definitie van ‘diensten van algemeen belang’ niet bestaat; de discussie in Europa gaat onder andere juist over de betekenis en reikwijdte van dit begrip. Ik vat de ‘universele dienstverplichting’ op als een onderdeel van de dienst van algemeen belang. ‘Dienst van algemeen belang’ is dus het overkoepelend begrip, dat meer omvat dan ‘universele dienstverplichtingen’.

2.2 Ontwikkeling universele dienstverplichtingen

Om te komen tot één gemeenschappelijke markt in de EU voor bijvoorbeeld elektriciteit of telecommunicatie, heeft de Commissie richtlijnen per sector uitgevaardigd: de zogenoemde ‘sectorspecifieke regulering’ of ‘sectorspecifieke wetgeving’. Van oorsprong worden universele dienstverplichtingen door deze sectorspecifieke wetgeving opgelegd, omdat concurrentie en de vrije markt niet altijd voor voldoende voorzieningszekerheid van bepaalde goederen of diensten zorgen.¹⁴ 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

9 P.J. Slot & A. Skudder, ‘Common features of community law regulation in the network-bound sectors’, *CML Rev* 2001, p. 121; W. Devroe, ‘Universele dienstverlening’ als nieuwe manier van denken?, *SEW* 2000, p. 85-86. H. Knops e.a. 2006, par. 3, omschrijven de universele dienstverplichting als een speciaal type publieke dienstverplichting.

10 Resp. 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 richtlijn nr. 2002/22/EG (*PbEG* 2002, L 108/51).

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

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

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

14 Voor deze paragraaf heb ik ten dele geput uit mijn dissertatie, Houben 2005, p. 43.

om tenminste het minimumpakket aan diensten veilig te stellen.¹⁵ Het is daarom logisch dat het belang van de universele dienstverplichtingen toeneemt met de liberalisering van verschillende sectoren.¹⁶ Door het opnemen van universele dienstverplichtingen worden extra waarborgen ingebouwd, omdat men bang is dat de vrije markt niet genoeg garanties biedt. Dit is ook nodig gebleken om tegenstanders van liberalisering over de streep te trekken.¹⁷

De universele dienstverplichtingen hebben tot 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 aan wie een winstgevende levering tegen een betaalbare prijs niet mogelijk is.¹⁸

Zo is bijvoorbeeld de aansluiting op een vaste telefoonlijn een universele dienstverplichting, die is geregeld in een Europese richtlijn¹⁹ en vervolgens is geïmplementeerd in Nederlandse wetgeving. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat onder meer de aansluiting op een vaste telefoonlijn met een nader gespecificeerde kwaliteit en tegen een betaalbare prijs beschikbaar is voor alle eindgebruikers op hun grondgebied, onafhankelijk van de geografische locatie. De lidstaten mogen zelf de meest efficiënte en geschikte wijze kiezen om te waarborgen dat in de universele dienst wordt voorzien, met inachtneming van de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en evenredigheid. De lidstaten dienen verstoring van de markt, met name het aanbieden van diensten tegen prijzen of onder andere voorwaarden die afwijken van normale commerciële voorwaarden, tot een minimum te beperken.

Vervolgens is ook geregeld dat de lidstaat een onderneming aanwijst, die deze universele dienstverplichting moet uitvoeren (artikel 8). Artikel 9 van de richtlijn bepaalt dat de nationale regelgevende instanties toezicht houden op de tarieven voor de eindgebruiker van diensten die onder de universele dienstverplichtingen vallen en door de aangewezen onderneming worden verstrekt. Daarbij kan ook worden verlangd dat bepaalde diensten tegen lagere

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

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

17 Devroe 2000, p. 85 en 92. P.D. Cameron, *Competition in energy markets: law and regulation in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 160, vermeldt bijv. dat met name het Europees Parlement heeft aangedrongen op het opnemen van universele dienstverplichtingen in de elektriciteits- en gasrichtlijnen.

18 Devroe 2000, p. 82; p. Nihoul & p. Rodford, *EU electronics communications law. Competition and regulation in the European telecommunications market*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 500.

19 De universele dienstrichtlijn uit het 'telecompakket' van vier richtlijnen, richtlijn nr. 2002/22/EG (PbEG 2002, L 108/51).

tarieven worden aangeboden dan de gebruikelijke commerciële voorwaarden.²⁰

KPN Telecom is momenteel in Nederland aangewezen als aanbieder van de universele dienst spraaktelefonie. Artikel 9.1 Telecommunicatiewet bepaalt hierover:

‘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. (...)’

Universele dienstverplichtingen hebben in nationale rechtsstelsels gevolgen voor het contractenrecht. De bovenstaande bepaling uit de Telecommunicatiewet leidt onder meer tot contractdwang voor de aanbieder van de universele dienst, KPN Telecom. Dit bedrijf mag namelijk in beginsel niet weigeren te contracteren met de afnemers van de universele dienst.²¹

2.3 Algemene kenmerken universele dienst

In de geliberaliseerde sectoren blijken de diensten van algemeen economisch belang gemeenschappelijke elementen te bevatten. *Universaliteit* is het eerste kenmerk dat alle universele dienstverplichtingen, onafhankelijk van de sector waarin ze voorkomen, met elkaar gemeen hebben. Het tweede gemeenschappelijke kenmerk is dat de *continuïteit* van de voorziening moet zijn gegarandeerd. Ten derde wordt een bepaalde *kwaliteit* van de dienst voorgeschreven. Ten vierde dient de dienst *betaalbaar* te zijn en tot slot wordt overal aandacht besteed aan *gebruikers- en consumentenbescherming*. Het gaat hierbij niet alleen om diensten die in geografisch opzicht voor eenieder in de EU beschikbaar moeten zijn, maar nadrukkelijk ook om de sociale component van de toegankelijkheid: ook voor burgers met een laag inkomen moet de betreffende dienst

20 De omvang van deze universele dienstverplichting is onlangs door de Commissie geëvalueerd: Mededeling Commissie april 2006, COM(2006)def. De conclusie is dat een wijziging van de omvang van de universele dienstverplichting nu niet nodig is.

21 Bij de invloed op het contractenrecht zal ik in deze bijdrage niet uitgebreid stilstaan; ik volsta met een verwijzing naar mijn proefschrift, dat hier voor een aanzienlijk deel aan is gewijd: Houben 2005.

beschikbaar zijn.²² In die zin wordt ook wel gewezen op het gelijkheidsbeginsel dat aan universele dienstverplichtingen mede ten grondslag zou liggen.²³

2.4 Afsluitend

Het begrip universele dienstverplichting is steeds belangrijker geworden naarmate de liberalisering van markten als energie en telecommunicatie vorderde.²⁴ Het volgende citaat van de Commissie geeft deze ontwikkeling weer:²⁵

‘28. Het begrip universele dienstverlening houdt het streven in om overal te zorgen voor diensten van goede kwaliteit tegen voor allen betaalbare prijzen. De criteria voor de universele dienstverlening berusten op de volgende beginselen: gelijkheid, universaliteit, continuïteit en aanpassing, en op degelijke gedragslijnen: transparantie van het beheer, de tarifiering en de financiering, controle door instanties die los staan van het bedrijfsleven. Aangezien deze criteria in hun geheel op nationaal niveau niet steeds voorhanden zijn heeft de invoering ervan via de Europese universele dienstverlening geleid tot ontwikkeling van de diensten van algemeen belang’ (cursivering IH).

Het gecursiveerde deel benadrukt dat het concept universele dienstverlening tot ontwikkeling is gekomen via de sectorspecifieke regelgeving en dat vervolgens wordt getracht er een meer algemeen begrip van te maken en op zoek te gaan naar de achterliggende waarden van het concept universele dienstverplichting. In het kader van het thema van deze bundel zou dit kunnen worden samengevat als: eerst een instrumentele benadering en daarna, en in reactie daarop, een morele benadering. In de volgende paragrafen wordt hier nader op ingegaan.

3 UNIVERSELE DIENSTVERPLICHTINGEN ALS TEGENWICHT VAN LIBERALISERINGSWETGEVING

3.1 Inleiding; sectorspecifieke regulering

Zoals in het voorgaande aangegeven, is de universele dienstverplichting opgekomen met de liberalisering van met name de ‘netwerkgebonden sectoren’: energie, telecommunicatie, openbaar vervoer. De vroege aanpak in de EU was

22 T. Prosser, *The limits of competition law. Markets and public services*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 176; Szyszczak 2001, p. 59.

23 Szyszczak 2001, p. 59.

24 Devroe 2000, p. 84.

25 Mededeling Commissie. De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3).

om universele dienstverplichtingen te zien als een hindernis bij de verwezenlijking van de interne markt. Vanuit het perspectief van de mededinging geldt namelijk dat universele dienstverplichtingen alleen zouden moeten worden opgelegd als er een reëel probleem van uitsluiting dreigt, omdat zij aan mededinging aan de weg kunnen staan. De uitvoering van de universele dienstverplichting hoeft niet winstgevend te zijn en ‘cherry picking’ door andere bedrijven ligt dan op de loer. Vaak wordt daarom een exclusieve bevoegdheid toegerekend aan de onderneming die de universele dienst uitvoert en soms wordt van andere bedrijven een vergoeding gevraagd. Dergelijke maatregelen leiden tot beperking van de mededinging.²⁶ Daarbij komt dat wat betreft de universele dienstverplichtingen de lidstaten over het algemeen nogal wat vrijheden hebben om te bepalen om welke verplichting het precies gaat, wat redelijke voorwaarden zijn en wie de kosten ervan moet dragen.²⁷ De universele dienstverplichting hoeft dus niet in iedere lidstaat dezelfde invulling te hebben. Ook dat kan de marktwerking in een sector ongunstig beïnvloeden.

Voorzieningen die een speciale behandeling van de betreffende diensten mogelijk maakten, werden daarom restrictief geïnterpreteerd. Meer recent, en vooral sinds het Verdrag van Amsterdam, is meer erkenning ontstaan voor de waarde van publieke diensten,²⁸ ook onafhankelijk van hun eventuele effect op de mededinging. In de volgende paragrafen wordt nader op deze ontwikkeling ingegaan.

3.2 Algemeen mededingingsrecht: artikel 86 lid 2 EG-verdrag

Naast de sectorspecifieke wetgeving, is ook het algemeen mededingingsrecht van belang geweest in de ontwikkeling van universele dienstverplichtingen. Met name artikel 86 lid 2 EG-verdrag is relevant:

‘De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.’

26 Devroe 2000, p. 92; B. Doherty, ‘Just what are essential facilities?’, *CML Rev* 2001, p. 397-398.

27 Vgl. aangehaald Witboek, punt 4.3 en aangehaald Groenboek, punt. 3.1. en 4.1. Vgl. echter Szyszczak 2001, p. 77, die van mening is dat de Commissie en het Hof weliswaar lippen-dienst bewijzen aan de vrijheid van de lidstaten om publieke diensten te definiëren, maar dat veel van die vrijheid illusoir is.

28 Prosser 2005, p. 121.

Op grond van deze bepaling is veel jurisprudentie verschenen, waar ik in deze bijdrage niet uitputtend op inga.²⁹ Ik wil in dit kader vooral benadrukken dat artikel 86 lid 2 de mogelijkheid biedt een uitzondering te maken op de kern van het mededingingsrecht: artikel 81 (kartelverbod) en artikel 82 (verbod op misbruik van economische machtspositie) EG-verdrag. Om die reden wordt de bepaling restrictief geïnterpreteerd door de Commissie en het Hof van Justitie.³⁰ Artikel 86 is ook op die wijze geformuleerd: het stelt voorop dat een dienst van algemeen economisch belang onder de regels van het verdrag valt.³¹

Er is echter een verschuiving opgetreden in de behandeling van diensten van algemeen economisch belang in het licht van artikel 86 lid 2 EG-verdrag. Het Hof van Justitie gaf in een aantal zaken (over gas- en elektriciteitsmonopolies) aan, dat het overleven van de onderneming zelf niet bedreigd hoeft te worden om beperkingen op de mededinging te rechtvaardigen.

‘(...) Derhalve moet worden geconcludeerd dat het voor niet-toepasselijkheid van de verdragsregels op een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang ingevolge artikel 90 lid 2 (nu: 86 lid 2, IH), van het verdrag, volstaat dat de toepassing van die regels de vervulling, in feite of in rechte, van de aan die onderneming toevertrouwde bijzondere taak verhindert. Het is niet noodzakelijk, dat de onderneming in haar bestaan wordt bedreigd.’³² Bovendien hoeft niet te worden aangetoond dat er geen andere denkbare mogelijkheden zijn om de doelen van algemeen belang te vervullen, als de lidstaat argumenten kan aanvoeren die het handhaven van exclusieve rechten kan rechtvaardigen. Dit wordt geïnterpreteerd als een verruiming van de opvatting van het hof, in die zin dat er meer erkenning is gekomen voor de waarde van de publieke dienst.’³³

De Altmark uitspraak uit 2003 is ook een belangrijk markeerpunt in deze ontwikkeling. Het hof aanvaardde daarin dat financiering ter compensatie van openbare dienstverplichtingen geen staatssteun is en daarmee niet behoeft te worden aangemeld bij de Commissie, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan.³⁴

29 Voor een overzicht zie bijv. R. Whish, *Competition law*, Lexis Nexis London 2003, p. 231-237.

30 Whish 2003, p. 231 en 234; Ross 2000, p. 24.

31 Ross 2000, p. 24.

32 Arrest van het Hof van 23 oktober 1997, Zaak C-157/94, *Jur.* 1997, I-05699 (Commissie tegen Nederland), punt 43.

33 Prosser 2005, p. 138; Ross 2000, p. 25; vgl. ook Knops e.a. 2006, par. 3.

34 HvJEG 24 juli 2003, zaak C-280/00; zie ook Prosser 2005, p. 151. Inmiddels heeft de Commissie een aantal besluiten genomen met betrekking tot staatssteun bij de uitoefening van diensten van algemeen belang. Het gaat onder andere om een vrijstellingsbeschikking (*PbEG* 2005, L312/67), een kaderregeling (*PbEG* 2005, C 297/4) en een transparantierichtlijn (wijziging van richtlijn 80/723/EEG). De vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling hebben betrekking op de compensaties voor ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang en waarbij die compensatie in beginsel staatssteun oplevert. (De compensatie levert geen staatssteun op als aan de vier voorwaarden uit het Altmark-

Een beroep op artikel 86 lid 2 EG-verdrag slaagt dus niet gemakkelijk, maar lijkt wel vaker succesvol dan voorheen.³⁵

3.3 Mededeling Commissie over diensten van algemeen belang 1996

De Europese Commissie bracht in 1996 een mededeling uit over de diensten van algemeen belang,³⁶ te beschouwen als de voorloper van het eerder genoemde Groenboek en Witboek. In de Mededeling staat onder andere het volgende:

‘6. De Europese samenlevingen hechten waarde aan de diensten van algemeen belang die zij in het leven hebben geroepen. Deze diensten beantwoorden namelijk aan fundamentele behoeften. De functie van bindmiddel voor de maatschappij die deze diensten vervullen geldt niet alleen voor de materiële aspecten. Er is ook een symbolische dimensie aan verbonden: die diensten van algemeen belang bieden bakens aan de samenleving en maken deel uit van de band tussen de burgers en de samenleving. Zij vormen daardoor een element van culturele identiteit voor alle Europese landen, dat ook in het dagelijks leven doorwerkt.’

(...) 8. In het middelpunt van al deze overwegingen staat het belang van de burger, dat in onze samenlevingen de garantie vereist van toegang tot als wezenlijk beschouwde diensten en dat verlangt dat er prioritaire doelstellingen worden nagestreefd. De diensten van algemeen belang staan dus open voor de gehele samenleving en bijgevolg voor alle burgers. Hetzelfde geldt in de Gemeenschap voor de universele dienstverlening.’

Ofschoon de bewoordingen in deze passage een zekere ‘vaagheid’ niet kan worden ontzegd, is opvallend dat hier geen technisch-juridische uitleg van de begrippen algemeen belang en universele dienstverlening wordt gehanteerd. Integendeel, de nadruk wordt gelegd op de functie van dergelijke diensten ‘als bindmiddel voor de maatschappij’ en op de ‘symbolische dimensie’, waaronder het feit dat diensten van algemeen belang ‘deel uit maken van de band tussen de burgers en de samenleving’. Het is mijns inziens niet eenvoudig

arrest is voldaan). Compensatie die onder de vrijstelling valt, hoeft niet bij de Commissie te worden aangemeld. De kaderregeling geeft aan in welke gevallen compensatie die wel moet worden aangemeld, als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden beschouwd. De transparantierichtlijn heeft betrekking op ondernemingen die een dienst van algemeen belang uitvoeren en daarbij ook andere activiteiten uitvoeren. Zij dienen bijvoorbeeld een gescheiden boekhouding te voeren, om kruissubsidiëring tegen te gaan. Zie over dit pakket nader: L. Hancher & S.J.H. Evans, ‘Altmark als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?’, *NTER* 2006, p. 153-159; F.D. Schild, ‘Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: supersnel internet en oud papier’, *AA* 2006, p. 182-187.

³⁵ Zie ook Whish 2003, p. 235-236.

³⁶ De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3).

om hier uit af te leiden wat de universele dienstverplichtingen precies voor rol spelen, maar er is wel 'in negatieve zin' uit op te maken dat zij niet louter meer een rol spelen als correcties op marktfalen die noodzakelijk zijn ter bevordering van de mededinging en het bereiken van de interne markt. Die laatste doelen zijn zeker niet losgelaten, maar er lijkt wel een dimensie te zijn bijgekomen in 1996, die – wellicht noodzakelijkerwijs wat abstract – kan worden aangeduid met de term sociale solidariteit.³⁷ Prosser omschrijft dat als het idee dat de staat plichten heeft om de gelijke behandeling van burgers te verzekeren, onafhankelijk van hun economische middelen.³⁸

De reden van deze andere benadering is te vinden op het politieke vlak. Enerzijds bestaat in de EU de nadruk op mededinging. In die benadering kan het verschaffen van publieke diensten het beste worden ondernomen *binnen* de markt, waarbij het normale mededingingsrecht wordt toegepast. Aan de andere kant is er het model dat gebaseerd is op de publieke dienst uit de continentale traditie (voornamelijk Frankrijk met zijn sterk ontwikkelde doctrine over *services publics*),³⁹ waarin de publieke dienst als bedreigd wordt beschouwd door de toepassing van het mededingingsrecht.⁴⁰ De sociale solidariteit is de grondslag van deze doctrine van de *services publics*.

De politieke discussie over deze twee verschillende uitgangspunten is na de totstandkoming van het Verdrag van Maastricht uit 1992 verhevigd. Aan de beginselen van het verdrag is toen een artikel toegevoegd, waarin onder andere staat dat de lidstaten en de Gemeenschap een economische politiek uitvoeren in overeenstemming met het principe van een open markteconomie met vrije mededinging.⁴¹ De nadruk leek zo wel erg op de vrije mededinging te komen liggen. Volgens Buendia Sierra en Prosser ontstond in reactie daarop een sterke campagne voor een verdragswijziging om duidelijker de belangrijke rol van de publieke dienst erkend te krijgen. Belangrijkste spelers hierin waren de regeringen van België en Frankrijk, het CEEP (Centre Européen des Entreprises à Participation Publique) en het ISUPE, ook een internationale groep van publieke ondernemingen, net als het CEEP.⁴²

In 1995 produceerde het CEEP voorstellen om artikel 86 lid 2 (toen nog: art. 90 lid 2) te vervangen door een nieuw artikel. In de nieuwe bepaling zouden de doelen en verplichtingen van diensten van algemeen belang duide-

37 Zie over deze mededeling van de Commissie ook Ross 2000, p. 31.

38 Prosser, p. 35.

39 Zie hierover bijv. T. Prosser, 'Public service law: privatization's unexpected offspring', *Law & Contemp. Probs.* 2000, p. 75-77, par. 5, te vinden op <www.law.duke.edu/journals/63LCP Prosser>; 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, p. 172-190.

40 Prosser 2005, p. 153-154; J.L. Buendia Sierra, *Exclusive rights and state monopolies*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 330. Vgl. ook Schild 2006, p. 184.

41 Artikel 4. Zie ook Prosser 2005, p. 154.

42 Buendia Sierra 1999, p. 330-331; Prosser 2005, p. 154.

lijk staan verwoord. De voorstellen ontvingen echter kritiek; zo zou de nadruk te veel liggen op bescherming van monopolies die worden verschaft om diensten van algemeen belang uit te kunnen oefenen.⁴³

Het Europees Parlement drong echter ook aan op een betere definiëring van rechten met betrekking tot diensten van algemeen belang,⁴⁴ waarop de Commissie de mededeling uit 1996 publiceerde. Hierin benadrukte zij dat het totstandbrengen van de interne markt en mededinging aan de ene kant, in balans moest worden gebracht met doelen van algemeen belang aan de andere kant.⁴⁵ De Commissie verwierp in de mededeling een wijziging van artikel 86. Zij wilde echter wel de diensten van algemeen belang een belangrijker plaats geven.⁴⁶ Die belangrijker plaats kwam sneller dan wellicht gedacht, namelijk door de invoering van artikel 16 in het EG-verdrag het jaar erna.⁴⁷

3.4 Artikel 16 EG-verdrag

3.4.1 Inleiding

Artikel 16 EG-verdrag is bij het Verdrag van Amsterdam geïntroduceerd. Het artikel trad in werking op 1 mei 1999 en luidt:

‘Onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.’

Wat is de betekenis van artikel 16? Hierover verschillen de meningen.

⁴³ Buendia Sierra 1999, p. 330-331; Prosser 2005, p. 154-155.

⁴⁴ Prosser 2005, p. 155.

⁴⁵ Mededeling Commissie. De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3), punt 19.

⁴⁶ Mededeling Commissie. De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3), punt 71-74.

⁴⁷ Prosser 2005, p. 158.

3.4.2 Bevestiging van bestaande praktijk

Een mogelijke uitleg is dat artikel 16 EG-verdrag louter een bevestiging is van het reeds bestaande mededingingsrecht op dit terrein.⁴⁸ Degenen die deze opvatting huldigen zien artikel 16 dan ook voornamelijk als een symbolische bepaling, zonder juridische betekenis.⁴⁹

Artikel 16 verwijst uitdrukkelijk naar de artikelen 73, 86 en 87. In paragraaf 3.2 refereerde ik al kort aan de uitgebreide jurisprudentie op het terrein van artikel 86. De verwijzing naar dit artikel lijkt erop te wijzen dat deze jurisprudentie ook van toepassing blijft na de introductie van artikel 16 EG-verdrag. Ten tweede is er een verklaring bij het verdrag opgenomen, waarin staat dat de bepalingen van artikel 16 'over openbare diensten worden uitgevoerd met volledige inachtneming van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, onder meer wat de beginselen van gelijke behandeling, kwaliteit en continuïteit van deze diensten betreft'.⁵⁰

Bovengenoemde interpretatie wordt bestreden met het argument dat het niet waarschijnlijk is dat de lidstaten geen enkele wijziging hebben beoogd toen artikel 16 werd geïntroduceerd.⁵¹ De discussie die werd gevoerd over diensten van algemeen belang, ging na de eerdergenoemde mededeling van de Commissie uit 1996 door. Onder andere werd erover gesproken op de intergouvernementele conferentie die uitmondde in het Verdrag van Amsterdam van 1997. Er werd weer een aantal verschillende voorstellen voor hervorming gedaan, onder andere door de Franse en Duitse delegatie, door CEEP en door het Europees Parlement.⁵² De uitkomst, zoals opgenomen in het Verdrag van Amsterdam, week af van al deze voorstellen. Prosser verklaart dit uit de grote politieke verdeeldheid tussen de lidstaten. Uiteindelijk werd overeenstemming bereikt over een door Frankrijk geïnspireerd amendement waarin het nieuwe artikel 16 werd toegevoegd.⁵³

Uit deze totstandkomingsgeschiedenis kan inderdaad mijns inziens worden afgeleid dat het in ieder geval van een deel van de lidstaten, evenals van het Europees Parlement, nadrukkelijk de bedoeling is geweest om een wijziging door middel van artikel 16 EG-verdrag aan te brengen. Echter, in de eerste plaats is niet gezegd dat de bedoeling van de wetgever, met alle politieke dimensies die daaraan ten grondslag liggen, ook uiteindelijk de juridische

48 L. Hancher, 'Community, State and Market' in: p. Craig & G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 730-731. Hancher ziet artikel 16 als een verduidelijking van wat al bleek uit de rechtspraak van het HvJ; Vgl. ook Buendia Sierra 1999, p. 329-334.

49 Buendia Sierra 1999, p. 329-334.

50 Verklaring 13 bij het Verdrag, waarin overigens nog over artikel 7 D wordt gesproken. Zie hierover ook Ross 2000, p. 29.

51 Ross 2000, p. 29; Prosser 2005, p. 160.

52 Prosser 2005, p. 159.

53 Prosser 2005, p. 159.

betekenis zal gaan weergeven. Ten tweede is de vraag uiteraard, *welke* wijziging nu precies heeft plaatsgevonden.

3.4.3 *Meer macht aan de lidstaten wat betreft diensten van algemeen belang*

Een andere mogelijke interpretatie van artikel 16 is dat de bepaling meer macht geeft aan de lidstaten om zelf beleid te voeren ten aanzien van diensten van algemeen belang.⁵⁴ Deze interpretatie zal met name corresponderen met de wil van die landen, die sterk hebben geijverd voor de invoering van artikel 16, omdat zij van mening waren dat de liberalisering doorschoot. De toegenomen liberalisering heeft de bevoegdheid van de lidstaten om eigen regels te stellen met betrekking tot voorzieningen als energie en telecommunicatie doen afnemen. In die zin zou artikel 16 EG-verdrag door sommige lidstaten dus zijn bedoeld als een tempering van de liberalisering, of als een defensieve reactie op de toenemende rol die de EU speelt als het gaat om diensten van algemeen belang.⁵⁵

Deze uitleg van artikel 16 wordt bestreden met het argument dat, indien de bedoeling zou zijn geweest om de lidstaten meer bevoegdheden te geven op het terrein van diensten van algemeen belang, in de bepaling had kunnen worden opgenomen dat dergelijke bevoegdheden aan de lidstaten worden overgelaten. Dat staat er echter niet.⁵⁶

Een nader argument dat tegen deze interpretatie van artikel 16 wordt aangevoerd is dat het debat binnen Europa zich niet zozeer richt op de lidstaten die diensten van algemeen belang zouden moeten verschaffen, maar dat men op zoek is naar een communautair begrip 'dienst van algemeen belang'. Mijns inziens lijkt inderdaad uit de ontwikkeling van universele dienstverplichtingen en de dienst van algemeen belang te volgen dat in ieder geval de Commissie er op uit is om de diensten van algemeen belang onder het gemeenschapsrecht te laten vallen.⁵⁷

3.4.4 *'Promotie' tot beginsel*

Een derde mogelijke interpretatie van artikel 16 is dat met de invoering van deze bepaling de diensten van algemeen belang zijn 'gepromoveerd' van een begrip dat alleen in het mededingingsrecht voorkwam, naar een beginsel van gemeenschapsrecht. Met name de plaatsing van artikel 16 in Deel I van het

⁵⁴ Ross 2000, p. 30.

⁵⁵ Flynn 1999, p. 199. Vgl. Prosser 2005, p. 160-161. Vgl. ook Szyszczak 2001, p. 35, die het overigens met de genoemde interpretatie oneens is.

⁵⁶ Ross 2000, p. 30; Prosser 2005, p. 160-161.

⁵⁷ Vgl. Szyszczak 2001, p. 35 en p. 63.

verdrag, tussen de overige algemene regels, geeft voeding aan deze uitleg.⁵⁸ De onderliggende waarden van het verlenen van diensten van algemeen belang staan op één lijn met meer gevestigde fundamentele waarden als non-discriminatie en gelijke behandeling. Ook de zinsnede 'de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang' zou in die richting wijzen.⁵⁹

Tevens zou artikel 16 van fundamenteel belang zijn omdat het een positieve plicht legt op de lidstaten (meer dus dan alleen de mogelijkheid van een mogelijke afwijking van het mededingingsrecht) om ervoor te zorgen dat het Europese concept van diensten van algemeen belang wordt gerespecteerd. Bovendien staat er nadrukkelijk dat de lidstaten deze diensten moeten faciliteren.⁶⁰

3.4.5 Europees burgerschap

In vervolg op de voorgaande interpretatie, namelijk dat artikel 16 EG-verdrag er in ieder geval voor zorgt dat de voorziening van diensten van algemeen belang als beginsel in de Europese Gemeenschap heeft te gelden, wordt ook wel gesteld dat de bepaling betekenis heeft voor de ontwikkeling van een Europees burgerschap.⁶¹ Dit gaat mijns inziens wel verder dan een strikt juridische uitleg van artikel 16.

Hoe kan artikel 16 EG-verdrag worden gezien als een versterking van Europees burgerschap? De gedachte is dat artikel 16 in ieder geval weergeeft dat de voorziening van diensten van algemeen belang in de Europese Gemeenschap als dusdanig belangrijk wordt beschouwd dat zij als beginsel staat opgenomen. Het gaat dan niet zozeer om de diensten van algemeen belang als zodanig, maar wel om de erkenning dat er waarden aan ten grondslag liggen, die beschermenswaardig zijn en waarover in de Europese Gemeenschap enigerlei mate van consensus bestaat.⁶² Deze beschermenswaardige belangen worden niet gevormd door het bevorderen van de interne markt of het vergroten van efficiëntie. Het gaat om wat Ross noemt: post-markt belangen.⁶³ Doordat geëist wordt dat alle afnemers, dat wil zeggen alle burgers in de EU, toegang hebben tot dergelijke essentiële diensten, worden gelijke mogelijkheden

58 Prosser 2005, p. 139. Zie ook Speech/03/63 door Romano Prodi, president van de Europese Commissie, op 5 februari 2003 over Services of general economic interest and the European mode of development, voor CEEP (the European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest). Te vinden via de website van de Europese Unie, <<http://europa.eu>>, via Europese Commissie, Press room, Press Releases.

59 Ross 2000, p. 32; Prodi in eerdergenoemde speech.

60 Prosser 2005, p. 139.

61 Prosser 2005, p. 33; Prodi in eerdergenoemde speech.

62 Vgl. Prosser 2005, p. 139.

63 Ross 2000, p. 34.

gecreëerd en wordt economische en sociale samenhang bevorderd.⁶⁴ Er kan volgens velen pas sprake zijn van burgers die een gemeenschap vormen, als zij gedeelde waarden hebben. De selectie van welke diensten als diensten van algemeen belang hebben te gelden kan daar een rol in spelen.⁶⁵ Met andere woorden: voor alle burgers binnen de EU geldt dat sommige diensten of goederen zo essentieel zijn, dat hun voorziening zeker gesteld moet zijn. Het enkele feit dat iemand burger is van een lidstaat, geeft daar recht op.⁶⁶

De Commissie refereert hier ook aan in haar mededeling uit 2000 over diensten van algemeen belang:

‘Wegens de bijzondere plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, waarop in artikel 16 van het verdrag wordt gewezen, moet tegelijkertijd ook de koppeling tussen de toegang tot diensten van algemeen belang en het Europees burgerschap worden erkend.’⁶⁷

De interpretatie van artikel 16 EG-verdrag als zou het een bepaling zijn die een grote wijziging in het bestaande recht met betrekking tot diensten van algemeen belang met zich mee brengt, en die zelfs betekenis heeft voor het verwezenlijken van een Europees burgerschap, wordt ook wel bekritiseerd als een te radicale uitleg. In feite zou er geen sprake zijn van een radicale wijziging van richting; zowel voor als na het Verdrag van Amsterdam heeft de nadruk gelegen op het verrichten van de publieke diensten door middel van markten met mededinging en zijn diensten van algemeen belang gemanipuleerd om het proces van marktintegratie en liberalisering te bevorderen.⁶⁸

Duidelijkheid over de betekenis en reikwijdte van artikel 16 EG-verdrag zal er pas zijn als er een uitspraak is van het Hof van Justitie.⁶⁹ Dit lijkt een open deur, maar de voorgeschiedenis van de totstandkoming van artikel 16 laat zien dat het – uiteraard, zou ik bijna willen stellen – gaat om een politiek compromis. De politieke betekenis en de juridische betekenis zijn niet volledig te scheiden, maar ze hoeven ook niet hetzelfde te zijn. De juridische betekenis kan eventueel komen van een kaderregeling over diensten van algemeen belang, maar zal voor het overige in het bijzonder worden bepaald door de jurisprudentie.

64 Szyszczak 2001, p. 56-57.

65 Ross 2000, p. 35.

66 Voor noties van burgerschap in een geliberaliseerd Europa in meer algemene zin, zie: M. Freedland & S. Sciarra, *Public services and citizenship in European Law*, Oxford: Oxford University Press 1998.

67 Mededeling van de Commissie. Diensten van algemeen belang in Europa, COM(2000)580 def., punt 64.

68 Szyszczak 2001, p. 64-66; Prosser 2005, p. 161.

69 Prosser 2005, p. 139-140.

3.5 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Na en naast artikel 16 EG-verdrag is er ook een bepaling over diensten van algemeen belang opgenomen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁷⁰ Dit Handvest is aangenomen op de top in Nice van december 2000 en ondertekend en afgekondigd door de voorzitters van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.

Artikel 36 van het Handvest is getiteld 'Toegang tot diensten van algemeen economisch belang' en luidt:

'De Unie erkent en eerbiedigt de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals deze is geregeld in de nationale wetgevingen en praktijken, overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.'

Hoewel er beperkingen zijn aan de juridische afdwingbaarheid van het Handvest,⁷¹ vertegenwoordigt het een verdere erkenning van de rol van toegang tot publieke diensten als een belangrijk beginsel binnen de EU.⁷² In die zin wordt deze bepaling ook weer uitgelegd, net als artikel 16 EG-verdrag, als een ontwikkeling richting meer waardering voor post-marktwaarden. De bepaling is geplaatst in hoofdstuk IV over solidariteit en daarin staan rechten op sociale zekerheid, gezondheidszorg en dus ook op toegang tot diensten van algemeen economisch belang.⁷³

3.6 Grondwettelijk verdrag

Ook in de (concept) Europese Grondwet staan regels over diensten van algemeen economisch belang. Het gaat om de volgende bepalingen:

II-96 De toegang tot diensten van algemeen economisch belang

'De Unie erkent en eerbiedigt overeenkomstig de Grondwet de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals die in de nationale wetgevingen en praktijken is geregeld, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.'

⁷⁰ *PbEG* 2000, C 364/17.

⁷¹ De Europese Raad van Nice heeft besloten om de juridische status van het Handvest te behandelen in het kader van het op 1 januari 2001 van start gegane debat over de toekomst van de Europese Unie. Artikel 36 is vervolgens in licht gewijzigde vorm in het concept grondwettelijk verdrag opgenomen.

⁷² Prosser 2005, p. 34 en p. 163.

⁷³ Prosser 2005, p. 124. Zie ook de eergenoemde speech van Prodi.

III-122 Functioneren diensten van algemeen economisch belang

‘Onverminderd de artikelen I-5, III-166, III-167 en III-238 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang innemen als diensten waaraan eenieder in de Unie waarde hecht, alsook de rol die zij vervullen bij de bevordering van de sociale en territoriale samenhang van de Unie, dragen de Unie en de lidstaten er overeenkomstig hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van de Grondwet zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en onder voorwaarden, met name economische en financiële, die hen in staat stellen hun taken te vervullen.

Deze beginselen en voorwaarden worden bij Europese wet vastgesteld, onverminderd de bevoegdheid van de lidstaten om, met inachtneming van de Grondwet, dergelijke diensten te verstrekken, te laten verrichten en te financieren.’

Net als bij artikel 16 EG-verdrag, bestaat ook hier de vraag naar de precieze betekenis en reikwijdte van deze bepalingen. Daar komt bij dat het grondwettelijk verdrag bij referenda in Nederland en Frankrijk is verworpen, zodat de status van de bepalingen niet duidelijk is.

Artikel II-96 is een herhaling van artikel 36 van het Handvest. Artikel III-122 is grotendeels een herhaling van artikel 16 EG-verdrag.⁷⁴

Gezien de grote overeenkomsten tussen artikel 16 EG-verdrag en dit concept verdragsartikel, verwijs ik voor de mogelijke interpretaties onder andere naar de vorige paragraaf.⁷⁵ Zo is artikel III-122 opgenomen in Deel III (Beleid en werking van de Unie), Titel I (Algemeen toepasselijke bepalingen), waar ook artikel 16 EG-verdrag een plaats heeft bij de algemene bepalingen. Net als artikel 16, richt artikel III-122 zich niet alleen tot de EU, maar ook tot de lidstaten.⁷⁶

Hoewel de interpretatie van artikel III-122 dus deels samenhangt met de interpretatie van artikel 16, zou een vernieuwing ten opzichte van laatstgenoemde bepaling gelegen kunnen zijn in de tweede zin van III-122.⁷⁷ Door

74 Er zijn twee kleine wijzigingen in de tekst van III-122 t.o.v. art. 16, en één grotere. Zie over de kleinere wijzigingen nader: S. Rodrigues, ‘Vers une loi européenne des services publics. De brèves considérations et une proposition à propos de l’article III-6 du projet de traité établissant une constitution pour l’Europe’, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, septembre 2003, no. 471, p. 507-508. Zie ook R. Barents, *Een Grondwet voor Europa. Achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 693.

75 Artikel III-166 lid 2 van het grondwettelijk verdrag, waar III-122 naar verwijst, is het equivalent van het huidige 86 lid 2 EG-verdrag, waardoor kan worden aangenomen dat de jurisprudentie op het gebied van laatstgenoemd artikel geldigheid houdt. Er zal dus, ook als het grondwettelijk verdrag wordt aangenomen, evenwicht worden gezocht tussen vergroting van het belang van diensten van algemeen belang enerzijds en erkenning van het feit dat een te grote vrijheid ten opzichte van ondernemingen en lidstaten met betrekking tot diensten van algemeen belang kan leiden tot een (te grote) verstoring van de marktwerking anderzijds.

76 Vgl. Rodrigues 2003, p. 507.

77 Barents 2005, p. 693.

het taalgebruik (de beginselen en voorwaarden waaronder diensten van algemeen economisch belang functioneren *worden bij Europese wet vastgesteld*) lijkt artikel III-122 een dwingend voorschrift te geven, dat de Commissie verplicht om een voorstel te doen voor een Europese regeling.⁷⁸ Dit is in lijn met wat voorstanders van een kaderrichtlijn over diensten van algemeen belang graag in artikel III-122 lezen: een mogelijkheid om eventueel een dergelijke richtlijn af te dwingen.⁷⁹ In die zin is de opname van deze bepaling in het grondwettelijk verdrag ook een toevoeging aan het bestaande artikel 16 EG-verdrag, omdat het niet tot stand brengen van een kaderrichtlijn dan als een schending van de grondwet kan worden gezien. Een mogelijke interpretatie die aan artikel III-122 wordt gegeven is dus dat het een rechtsbasis geeft voor een kaderregeling van diensten van algemeen belang.⁸⁰ Of dit de juiste interpretatie is, is niet duidelijk. Evenmin is duidelijk of deze bepaling nu juist meer of minder speelruimte aan de lidstaten geeft om zelf in de diensten van algemeen belang te voorzien.⁸¹

Om de kaderregeling is onder andere door het Europees Parlement meerdere malen gevraagd, naar aanleiding van het Groenboek en het Witboek van de Commissie. De Commissie zei in het Witboek dat de standpunten aangaande de wenselijkheid van een kaderregeling voor diensten van algemeen belang verdeeld zijn. De Commissie was daarom van mening dat er een nader onderzoek moest plaatsvinden. Bij het tijdstip van dit onderzoek moest volgens de Commissie rekening worden gehouden met het feit dat de toekomstige inwerkingtreding van het grondwettelijk verdrag en het voorgestelde artikel III-122 van de Grondwet een nieuwe mogelijke rechtsgrond zou creëren die de reeds bestaande zou aanvullen. De Commissie wilde daarom de zaak opnieuw aan de orde stellen na de inwerkingtreding van het grondwettelijk verdrag.⁸² Nu die inwerkingtreding onzeker is,⁸³ is ook de eventuele nieuwe rechtsgrond niet aanwezig en is de toekomst op dit vlak ongewis.⁸⁴

78 Rodrigues 2003, p. 508.

79 Overigens is er inmiddels wel een kaderrichtlijn over de *staatssteun* die eventueel wordt gegeven aan ondernemingen die diensten van algemeen belang uitvoeren. Zie daarover noot 32 in paragraaf 3.2. Dit is echter niet de regeling waarop de voorstanders van een grotere rol van diensten van algemeen belang op doelen in bovengenoemd debat.

80 Vgl. Rodrigues 2003, p. 503. Rodrigues schrijft overigens (in 2003) over een eerder concept van de Grondwet, waarin artikel III-122 genummerd was III-6.

81 Vgl. Barents 2005, p. 693, die overigens meent dat de bepaling meebrengt dat het in eerste instantie de lidstaten zijn die hiertoe bevoegd zijn.

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

83 Zie hierover J.C. Piris, *The Constitution for Europe. A legal analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

84 Dat wil niet zeggen dat iedere ontwikkeling op het terrein van diensten van algemeen belang is gestaakt. Ik wees hiervoor al even op het pakket aan maatregelen dat de Commissie heeft genomen inzake staatssteun aan ondernemingen die diensten van algemeen belang uitoefenen (zie noot 32). Tevens heeft de Commissie in april 2006 een mededeling uitgebracht over de sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, COM(2006)177 def. Deze mededeling is een vervolg op het Witboek over diensten van algemeen belang.

4 CONCLUSIE

De ontwikkeling van universele dienstverplichtingen is er een geweest van een 'bijeffect' van de regulering van marktliberalisering, tot het zoeken naar, zoals Szyszczak het fraai verwoordt 'een normatieve fundering' voor het concept van de universele dienstverplichting.⁸⁵ Aanvankelijk werd vooral de nadruk gelegd op het feit dat universele dienstverplichtingen de mededinging kunnen verstoren en de totstandkoming van de interne markt hinderen. Vervolgens is er een positievere kijk op universele dienstverplichtingen ontstaan, zelfs zo ver gaand dat ze nu als concept voor een Europees burgerschap worden beschouwd. Prosser noemt dit een verschuiving van het politieke naar het recht.⁸⁶

Ik denk zelf dat er niet zozeer een ontwikkeling van het politieke naar het recht is geweest, maar dat eerder sprake is van een permanente kruisbestuiving. De universele dienstverplichtingen zijn inderdaad opgenomen om de liberaliseringspolitiek verteerbaarder te maken, maar ze zijn wel opgenomen in de sectorspecifieke regulering en daarmee onderdeel geworden van het mededingingsrecht. In de lidstaten hebben zij bovendien een behoorlijke invloed op het privaatrecht, met name op het contractenrecht, onder meer doordat er forse beperkingen van de contractvrijheid uit voortvloeien. Vervolgens heeft de sectorspecifieke regelgeving ook invloed gehad op het algemeen mededingingsrecht (zoals de jurisprudentie inzake artikel 86 EG-verdrag) en op het politieke debat, hetgeen bijvoorbeeld heeft geresulteerd in het verschijnen van het Groenboek. Daarin werd onder andere aangegeven dat de ervaringen uit de geliberaliseerde sectoren een basis konden vormen voor de ontwikkeling van algemene principes die toepasbaar zijn op diensten van algemeen economisch belang als geheel.⁸⁷ Vervolgens heeft de politiek weer een stap gezet in de richting van het opwaarderen van diensten van algemeen belang tot beginsel (in artikel 16 EG-verdrag en in het grondwettelijk verdrag) en op dit moment is het wachten op de juridische waardering daarvan.⁸⁸

De techniek, in dit geval door sommigen technocratie genoemd, heeft mijns inziens geleid tot meer nadenken over de moraal in de zin van de achtergronden van het EU-recht op dit terrein. Binnen de EU zou dit veralgemeniseerd kunnen worden: wat begint als techniek, kan het recht uiteindelijk ook wat betreft zijn grondslagen verder brengen.

Het voordeel van de route via techniek naar moraal is dat de discussie zich in eerste instantie afspeelt op één terrein, waardoor er over concrete

De sociale diensten waarop de mededeling betrekking heeft, zijn echter andere diensten dan de universele dienstverplichtingen waar deze bijdrage over gaat. Het gaat grofweg om sociale zekerheidsregelingen. Ik laat dit onderwerp hier daarom rusten.

⁸⁵ Szyszczak 2001, p. 56-57.

⁸⁶ Prosser 2005 p. 205.

⁸⁷ Groenboek over diensten van algemeen belang, COM (2003)270 def., punt 49.

⁸⁸ Vgl. Prosser 2005, p. 240 en Szyszczak 2001, p. 76.

wetgeving en concrete casus kan worden gesproken. Bij universele dienstverplichtingen is helder dat bedrijf X de telefoon moet aansluiten bij eenieder die dat wenst en dat bovendien tegen redelijke voorwaarden moet doen (welke voorwaarden vaak ook gereguleerd zijn). En vanuit de zijde van de andere contractspartij gezien: burger Y heeft recht op aansluiting van telefoon tegen redelijke voorwaarden. Het gaat hier dus om concrete verplichtingen en rechten, die gestalte krijgen in een contractuele relatie en die voor de rechter kunnen worden afgedwongen. De discussie die vervolgens zal blijven spelen is voor welke diensten dergelijke verplichtingen c.q. rechten moeten gelden. Zouden ook voor bancaire diensten bijvoorbeeld universele dienstverplichtingen in het leven moeten worden geroepen? En hoe staat het met verzekeringen?⁸⁹

Vanuit die positie wordt dan een poging gewaagd om te komen tot achterliggende waarden en dat blijkt niet eenvoudig. Want wat is 'de moraal'? Wat zijn de achterliggende waarden van de universele dienstverplichtingen? In het voorgaande zijn ze benoemd als 'post-marktwaarden' en als 'sociale solidariteit', maar wat betekenen die begrippen? Iets concreter was de constatering dat er gemeenschappelijke kenmerken bestonden, namelijk universaliteit, continuïteit, kwaliteit, betaalbaarheid en consumentenbescherming. Verder dienen de verplichtingen op transparante en non-discriminatoire wijze te worden uitgevoerd (en gefinancierd!).

Grofweg zou kunnen worden gesteld dat het gaat om de verzoening van waarden die van oudsher ten grondslag liggen aan het mededingingsrecht enerzijds en sociale solidariteit anderzijds.⁹⁰ Als primair doel van het mededingingsrecht geldt traditioneel het verwijderen van beperkingen van de mededinging. Het mededingingsrecht is de manier waarop markten open en competitief worden gehouden. De gedachte is dat een open markt leidt tot het maximaliseren van de efficiëntie, waardoor een zo groot mogelijke welvaart voor de afnemers kan worden bereikt.⁹¹ Een ander doel van het mededingingsrecht is echter redistributie, of herverdeling van welvaart.⁹² Universele dienstverplichtingen hebben bij uitstek een redistributief effect.⁹³ Door toepassing van universele dienstverplichtingen kan kruissubsidiëring plaatsvinden van welvarender afnemers naar armere afnemers.⁹⁴ De voorzieningszekerheid, de gedachte dat bepaalde diensten zo essentieel zijn dat eenieder daar tegen een redelijke prijs toegang tot moet hebben, heeft met distributieve rechtvaardigheid te maken. Universele dienstverplichtingen kunnen dus niet louter als

⁸⁹ Vgl. Houben 2005, p. 43-45.

⁹⁰ Vgl. Prosser 2005, p. 38 en p. 237.

⁹¹ Szyszczak 2001, p. 38; Whish 2003, p. 2-6, die overigens aangeeft dat dit het meest eenvoudige model is, dat niet onverkort geldt. Zie ook Prosser 2005, p. 18, met verwijzing naar de *Chicago school* en andere economische theoriën.

⁹² Whish 2003, p. 18-19.

⁹³ Prosser 2005, p. 24.

⁹⁴ Szyszczak 2001, p. 56-57.

hindernissen voor de mededinging en daarmee als vreemd aan doelen van mededingingsrecht worden beschouwd. De vraag of de geconstateerde tegenstelling tussen ‘marktwaarden’ en ‘post-marktwaarden’ wel altijd zo scherp is als zij lijkt, is dus legitiem, hetgeen in het voorgaande aan de orde is gekomen bij de bespreking van artikel 16 EG-Verdrag.⁹⁵

De concrete vormgeving van de achterliggende waarde(n) van universele dienstverplichtingen is nog niet bereikt. Die zal bijvoorbeeld afhangen van de betekenis die artikel 16 EG-verdrag (en eventueel artikel III-122 grondwettelijk verdrag) in concrete casus zou kunnen krijgen. Zou met een beroep op artikel 16 inderdaad een kaderregeling kunnen worden afgedwongen en zo ja, wat moet er dan eigenlijk in zo’n kaderregeling staan? Wat kan een justitiebele daar uiteindelijk mee?

Het kritische, zo niet cynische, redactionele commentaar waar deze bijdrage mee begon, bevat een kern van waarheid. De vraag is in hoeverre de sociale component vanuit Europa alleen met de mond wordt beleden. Zal hij juridisch gestalte krijgen? Een debat over de grondslagen van het recht is niet bepaald gemakkelijk te realiseren, maar het is wel van – letterlijk – fundamenteel belang. De route om daarbij uit te gaan van bestaande regelgeving, zoals sectorspecifieke wetgeving met betrekking tot universele dienstverplichtingen, en vervolgens te kijken wat daarin gemeenschappelijke waarden zijn, lijkt me niet zo’n slechte. Een debat over marktwerking versus sociale solidariteit in het luchtledige is weinig zinvol; een debat daarover naar aanleiding van concrete verdragsbepalingen en concrete casus kan dat wel zijn.

⁹⁵ Vgl. het commentaar van Szyszczak op de interpretatie van artikel 16 EG-verdrag als een grote wijziging in het bestaande recht in par. 3.4.

2 | Begrenzing van consumentenbescherming, bezien bij 'koop op afstand'

Jac. Hijma[■]

1 VRIJHEID EN BESCHERMING

Bescherming van 'zwakkeren' is heden ten dage een basale waarde in het recht, het contractenrecht inclusief. De contractsvrijheid, een traditioneel nog basaler waarde, geraakt hier aan een grens.¹ Vrijheid van contracteren veronderstelt personen die aan elkaar gewaagd zijn, en aan wie het recht het dus gevoeglijk kan overlaten om een balans te zoeken. Blijkt in concreto de ene partij niet tegen de andere opgewassen, dan kan de in de verdrukking geraakte onder omstandigheden aan de gebondenheid ontkomen; met name de wettelijke regeling van de wilsgebreken – bedrog, misbruik van omstandigheden, dwaling (art. 3:44, 6:228 BW)² – biedt perspectief. Blijkt echter een bepaald type partij structureel het onderspit te delven, dan schieten zulke incidentele, van nogal wat eisen voorziene, instrumenten tekort. De wetgever kan dan grond zien om rond de zwakkere partij een beschermingsstelsel te bouwen en zodoende de vrijheid te haren behoefte in te perken. Aldus wordt de contractsvrijheid niet alleen begrensd, maar tegelijk nader gelegitimeerd: waar uitwassen worden weggesneden, kan men met een meer gerust hart het uitgangspunt (blijven) omarmen.

Bij de invoering van het voormalige Burgerlijk Wetboek in 1838 was deze idee nog onontwikkeld; ware beschermingsstelsels kwamen niet voor. Sedertdien zijn met name het huurrecht en het arbeidsrecht uitvoerige regelingen gaan bevatten, die tot zware uitstulping van de oorspronkelijke wetgeving hebben geleid.³ Naast deze inmiddels klassieke stelsels is, sinds de zeventiger jaren van de voorbije eeuw, het consumentenrecht gegroeid. Anders dan bij de werknemer en de huurder, waar de bescherming naar haar aard tot één contractstype is beperkt, kon de rechtspositie van de consument niet simpel in het kader van één bijzonder contract worden geregeld. Veeleer is sprake

■ Jac. Hijma is hoogleraar Burgerlijk Recht, afdeling Burgerlijk Recht, Universiteit Leiden.

1 Over de contractsvrijheid o.a. *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deel 4-II, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005, nr. 33 e.v.; T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999; T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999.

2 De in dit opstel genoemde wetsartikelen zijn, tenzij anders is aangegeven, die van het Burgerlijk Wetboek; het expliciterende 'BW' blijft hierna meestal achterwege.

3 Zo kende de huur art. 1623a-1623o *oud*, de arbeidsovereenkomst art. 1637a-1637z, 1638a-1638oo en 1639a-1639dd *oud* BW.

van een conglomeraat van kleinere of grotere beschermingsregelingen, die over het wetboek zijn verspreid. Wat het overeenkomstenrecht betreft zij gewezen op art. 6:236-238 (algemene voorwaarden), art. 7:2 c.a. (koop van woningen), art. 7:5 c.a. (consumentenkoop, roerende zaken), art. 7:46a-46j (overeenkomsten op afstand), art. 7:48a-48g (koop van timeshares van onroerende zaken), art. 7:408 lid 3 c.a. (opdracht), art. 7:857-864 (borgtocht), art. 7:943 lid 3 e.a. BW (verzekering).⁴

2 MORAAL EN TECHNIEK

Dat de consumentenbescherming belangrijke juridische waarden vertegenwoordigt, is welhaast onomstreden en wordt in dit opstel als gegeven aanvaard. Onderwerp van deze beschouwing vormen de diverse methoden waarop de gewenste bescherming juridisch wordt afgepaald. Verwoord in de dichotomie van deze bundel, gaat het om de *moraal* van de consumentenbescherming enerzijds, en de *techniek(en)* van de vigerende wetgeving (en het vigerende recht) anderzijds. Aangezien het consumentenrecht in belangrijke mate op Europese richtlijnen berust, wordt hiermee welhaast automatisch een tweede dichotomie actueel: die van transnationaal recht tegenover nationaal recht. Per saldo heeft deze beschouwing dan ook grotendeels betrekking op 'de Europese moraal' aan de ene kant, en 'de Nederlandse techniek' aan de andere.

Uiteraard is het onmogelijk het terrein geheel af te grazen. Gekozen is voor een concretiserende bespreking, aan de hand van één specifiek beschermingsstelsel: dat inzake de 'overeenkomsten op afstand', vervat in afdeling 7.1.9A (art. 7:46a-46j) BW. Deze regeling werd op 1 februari 2001 aan ons wetboek toegevoegd, ter implementatie van richtlijn 97/7/EG 'betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten'.⁵ De kern ervan is een aan de consument toebedeelde bedenktijd – 'afkoelingsperiode' – ten belope van zeven werkdagen (art. 7:46d lid 1).

3 BEGRENZING DOOR PLAATS IN DE WET?

De plaats van een regeling in de wet en daarmee in het wettelijk systeem levert in potentie een eerste, naar haar aard ruwe, aanwijzing van haar werkterrein op. Mogen wij aan deze indicator materieelrechtelijke consequenties verbinden, in die zin dat hij bepalend is voor wat er binnen en/of buiten de bescherming

4 De consumentenbescherming is niet tot het overeenkomstenrecht beperkt; zie voor buiten-contractueel aansprakelijkheidsrecht art. 6:185 e.v., 6:190 (produktenaansprakelijkheid), in het goederenrecht art. 3:86 lid 3 (bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid ten aanzien van gestolen zaken).

5 *PbEG* 1997, L 144.

valt? Idealiter ontmoet deze vraag een bevestigend antwoord. Juist bij de op afstand gesloten overeenkomsten echter treedt aan het licht, dat men haar maar beter ontkennend beantwoorden kan.

Afdeling 7.1.9A (Overeenkomsten op afstand) maakt deel uit van titel 7.1 (Koop en ruil). Wetssystematisch bezien zou zij dus uitsluitend op koop- en ruilvereenkomsten betrekking mogen hebben. Het inleidende art. 7:46a, dat de begripsbepalingen bevat, maakt echter duidelijk dat het werkterrein ruimer is (art. 7:46a sub a) en ook dienstenovereenkomsten omvat (art. 7:46a sub c); de koop op afstand vormt slechts een deelgebied (art. 7:46a sub b). De regeling gaat dus in een te krappe jas gekleed. Dat zij niet in het algemene contractenrecht is geplaatst, vindt zijn oorzaak in het feit dat een aanzienlijk aantal overeenkomsten van het werkterrein is uitgezonderd (art. 7:46i).⁶ De wetgever moest kiezen tussen een te eng en een te ruim kader, en heeft toen de voorkeur gegeven aan het eerste. Naar mijn smaak past deze oplossing slecht in de gelaagde structuur van het wetboek en schept zij het risico dat de toepasselijkheid buiten koop over het hoofd wordt gezien; plaatsing in Boek 6 (titel 6.5) verdient de voorkeur. Hoe dit zij, duidelijk is dat de locatie van een regeling geen betrouwbaar baken oplevert. Met die uitkomst valt te leven; een wetgever staan allerlei andere – subtielere en daarmee intrinsiek betere – afgrenzingsmethoden ten dienste.

De lijn kan gevoeglijk worden doorgetrokken naar een eventueel opschrift dat, als het stelsel in een aparte afdeling is ondergebracht, boven die afdeling is geplaatst. Ook dat levert slechts een ruwe indicatie op, ongeschikt om als grensmaal te worden benut.

4 EERSTE TYPE BEGRENZING: AANWIJZING WERKTERREIN

4.1 Algemeen

Een beschermingsstelsel pleegt aan te vangen met een of meer begripsomschrijvingen ('definities'), aan de hand waarvan het werkterrein in kaart kan worden gebracht. In de betrokken richtlijnen is dit steevast het geval. Het gaat hier om de fundamentele, positieve, aanwijzing van het beschermingsveld. Deze positieve aanwijzing heeft tegelijk – spiegelbeeldig – een negatieve geladenheid, in dier voege dat zij de buitengrens vastlegt: een situatie die niet aan de omschrijvingen voldoet, wordt niet door het aangedragen regime bestreken. Behóórt daardoor ook niet te worden bestreken, nu zij buiten de 'doelgroep' valt.

6 MvT, TK 26 861, nr. 3, p. 6-7.

Koop op afstand

De regeling van de overeenkomsten op afstand heeft aan begripsbepalingen geen gebrek; art. 7:46a bevat er maar liefst zes. Dit artikel omschrijft de 'overeenkomst op afstand' als 'de overeenkomst waarbij, in het kader van een door de verkoper (...) georganiseerd systeem voor verkoop (...) op afstand, tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand' (art. 7:46a sub a; genoemd begrip 'techniek voor communicatie op afstand' verkrijgt zijn contouren in art. 7:46a sub d). 'Koop op afstand' wordt in art. 7:46a sub a droogjes omschreven als 'de overeenkomst op afstand die een consumentenkoop is'; daarmee schakelt de wetgever door naar zowel art. 7:46a als art. 7:5 BW.

Art. 7:5 lid 1, dat dus ook voor de koop op afstand een toegangspoort vormt, verstaat onder 'consumentenkoop':

'de koop met betrekking tot een roerende zaak, elektriciteit daaronder begrepen, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.'

Aldus is aan de zijde van beide partijen het criterium 'handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf' cruciaal: de koper mag dat niet, de verkoper moet dat juist wel. Voor dienstenovereenkomsten bevat art. 7:46a sub c een parallel. Het onderstaande is op de koperszijde toegespitst.

4.2 Koper 'die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf'

De parlementaire geschiedenis van het Nederlandse wetboek leert, dat aan de wetgever een subjectieve toets voor ogen heeft gestaan: het gaat om de bedoelingen die de koper 'intern' met de aanschaf heeft.⁷ Koopt iemand in een fotovakhandel een dure professionele camera, dan hangt het er dus vanaf wat hij ermee wil gaan doen: als hij het apparaat wil inzetten in zijn bestaan als beroepsfotograaf is van een consumentenkoop geen sprake, gaat hij het gebruiken als fanatiek amateur dan heeft de koop dat karakter wel. De literatuur ondersteunt veelal de aldus uitgezette koers.⁸ Uit kopersperspectief is daar ook veel voor te zeggen. Vanuit de verkoper gezien echter kleeft er het nadeel aan, dat het rechtskarakter van de koop – en daarmee haar juridische regime – afhankelijk is van een factor die op het moment van contracteren

7 MvA II, Parl. Gesch. Boek 7 NBW, p. 64, in verbinding met MvT en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, Inv., p. 1648 e.v., 1651, 1655.

8 Zie bijv. R.H.C. Jongeneel, *De Wet Algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, diss. VU, Deventer: Kluwer 1991, nr. 113-114; meer vindplaatsen noemt Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deel 5-I, bewerkt door Jac. Hijma, Deventer: Kluwer 2001, nr. 77.

niet kenbaar behoeft te zijn. Bij een eerdere gelegenheid heb ik mijn verwondering uitgesproken over deze aanpak, die indruist tegen het algemene principe dat aan niet naar buiten gebleken wensen of bedoelingen rechtens geen beslissende waarde zal toekomen (vertrouwensbeginsel, art. 3:35 c.a.).⁹ Enig argument *pro* zou kunnen zijn dat de consumentenbescherming een zodanig hoog goed is, dat zij het vertrouwensbeginsel overstraalt.¹⁰ Juist op het punt van de terreinafbakening echter mist dat argument naar mijn gevoel kracht. De consument verdient een stevige bescherming. Maar juist *omdat* die bescherming stevig is, is voor haar intreden essentieel dat de verkoper weet – althans moet begrijpen – waar hij aan toe is, zodat hij zijn calculaties en verkoopbeslissingen op het toepasselijke rechtsregime kan afstemmen. Derhalve pleit ik voor een objectiverende benadering, waarin het vertrouwensprincipe de eraan toekomende positie ook op het besproken terrein verwerft.¹¹

Dit is intussen geen louter nationale aangelegenheid. De afbakening van art. 7:46a sub b (jo. art. 7:5) berust op art. 2 lid 2 van richtlijn 97/7/EG, dat ‘consument’ omschrijft als ‘iedere natuurlijke persoon die (...) handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen’. Deze tekst ligt dicht tegen de vaderlandse aan, en zou op zichzelf eveneens zowel een subjectieve als een objectieve invulling verdragen. Andere Europese regelgeving bevat vergelijkbare formules.¹² Zeker tegen deze achtergrond, is het interessant om van de Europese ontwikkelingen kennis te nemen.

HvJ EG 20 januari 2005 (Gruber/Bay Wa)

Op 20 januari 2005 wees het Europese Hof van Justitie een arrest waarvan de implicaties lastig zijn in te schatten, maar dat ook voor de behandelde kwestie aanknopingspunten biedt.¹³

Gruber, een Oostenrijkse agrariër, koopt een partij dakpannen van Bay Wa AG, een Duitse handel in bouwmaterialen. Hij wil daarmee zijn *Vierkanthof* bedekken, die voor circa 60% als woning en voor circa 40% voor het boerenbedrijf in gebruik is. De afgeleverde pannen vertonen forse kleurverschillen. Als Gruber een procedure aanspant in Oostenrijk, rijst de vraag of het consumentengehalte van de transactie voldoende is om via het stelsel van art. 13-15 EEX (oud)¹⁴ de Oostenrijkse rechter bevoegd te maken. Na tegengestelde

9 Jac. Hijma, ‘Consumentenkoop of gewone koop?’, *WPNR* 6051 (1992); evenzo Asser/Hijma 5-I, nr. 78.

10 Aldus bij handelingsonbekwaamheid (art. 3:32 lid 2), waar het vertrouwensbeginsel inderdaad buitenspel is gezet; daar is echter het meer absolute belang van de bescherming van minderjarigen en curandi in het geding.

11 Van deze opvatting getuigt ook M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Mon. NBW B65b, Deventer: Kluwer 2004, nr. 9.

12 De voorbeelden zijn legio; vgl. bijv. richtlijn 99/44/EG (consumptiegoederen), art. 1 lid 2 sub a (‘voor doeleinden die geen verband houden met zijn beroep of bedrijf’).

13 HvJ EG 20 januari 2005, zaak C-464/01 (Gruber/Bay Wa), te vinden op website <curia.europa.eu>.

14 Inmiddels opgevolgd door art. 15-17 van de EEX-verordening (Brussel I).

uitspraken in eerste en tweede aanleg, besluit de Oberster Gerichtshof (Wenen) een bundel prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Luxemburg). Een aanzienlijk deel daarvan ziet op de mengverhouding tussen privégebruik en zakelijk gebruik en is – hoe interessant op zichzelf ook – niet direct van belang voor de vraag die ons thans bezighoudt: die van een subjectieve versus een objectieve benadering. Maar ook deze laatste kwestie komt in het Gruber-arrest aan de orde. Het Hof van Justitie overweegt, onder meer:

'51. (...) the court seised must (...) also determine whether the other party to the contract could reasonably have been unaware of the private purpose of the supply because the supposed consumer had in fact, by his own conduct with respect to the other party, given the latter the impression that he was acting for business purposes.'

'53. In such a case (...) the individual must be regarded, in view of the impression he has given to the other party acting in good faith, as having renounced the protection afforded by those provisions.'

Uiteraard mag men niet uit het oog verliezen – het Hof legt daar ook nadruk op – dat het in deze zaak gaat om het forumstelsel van art. 13-15 EEX (oud), wat een geheel andere materie is dan die van de bedenktijdstelsels. Niettemin lijkt het mij onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie inzake bijvoorbeeld richtlijn 97/7/EG een subjectieve, en daarmee principieel andersoortige, benadering van het 'handelen als consument' zou kiezen.¹⁵

In Duitsland wordt trouwens al veel langer geleerd dat het (ook) in het kader van consumentenbescherming niet gaat om de innerlijke wil van de handelende, maar om de voor de wederpartij kenbare objectieve omstandigheden. Zo schrijft Wolf in 1994, in zijn commentaar op art. 2 sub b van richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen):¹⁶

'Die subjektiven Ansichten des Handelnden sind dabei nur insoweit zu berücksichtigen, als sie in den objektiven Gesamtumständen eine Bestätigung finden (...).'

Beeld op afstand

De kwestie speelt bij de consumentenkoop in het algemeen, maar heeft bij de koop op afstand een bijzondere geladenheid, nu partijen elkaar daarbij niet

15 Vgl. M.B.M. Loos, 'Het begrip 'consument' in het Europese en Nederlandse privaatrecht', *WPNR* 6638 (2005); A.S. Hartkamp, 'Boekaankondiging', *WPNR* 6671 (2006).

16 M. Wolf, in: Wolf, Horn & Lindacher, *AGB-Gesetz, Kommentar*, München: Beck 1994, Rn. 6. Inmiddels bevat § 13 BGB een definitie van *Verbraucher*: 'jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann'. Ook te dien aanzien wordt geleerd dat het niet om de interne wil (maar om de externe omstandigheden) gaat; H. Heinrichs, in: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2003, § 13, Rn. 4.

lijfelijk ontmoeten (art. 7:46a sub d). Bij een internetkoop bijvoorbeeld klikt de klant slechts een aantal *buttons* aan; voor de verkoper is hij verder onzichtbaar. Kiest men een objectiverende benadering, waarin het gaat om het beeld dat de koper naar buiten toe – bij de verkoper – doet ontstaan, dan doemt het probleem op dat menig verkoper *geen* beeld van de afnemer en diens bedoelingen krijgt, zodat er in zoverre weinig te objectiveren valt. Een klant klikt op een website aan dat hij een 20-kops koffiezetapparaat wil aanschaffen; heeft hij een klein bedrijf of veeleer een groot gezin? Zonder het probleem te willen bagatelliseren, meen ik dat het beheersbaar mag worden genoemd. Dikwijls zal de aard van de verkochte zaak een bruikbare leidraad opleveren: een 10-kops koffiezetter pleegt te worden gekocht voor privégebruik (consumentenkoop), een wandkoffieautomaat voor zakelijke inzet (geen consumentenkoop, ook is de machine misschien besteld voor extreme privéconsumptie). In typische twijfelgevallen, waarin de verkoper geen grond heeft om van het een of het ander uit te gaan en hij dus ook niet kan worden verrast, dient het voordeel van de twijfel mijn inziens aan de koper toe te vallen: hij zal de consumentenbescherming genieten, aangenomen dat hij inderdaad voor privégebruik kocht. Een verkoper die dit restrisico wil uitbannen moet gegadigden maar naar hun plannen vragen, hoe onaantrekkelijk dat uit commercieel oogpunt wellicht ook is.

5 TWEEDE TYPE BEGRENZING: INSNOERING WERKTERREIN

5.1 Algemeen

Richtlijngever en wetgever bakenen het beschermingsterrein vaak tevens negatief af in die zin, dat zij bepaalde zich aandienende situaties van het toepassingsterrein verwijderden. Een dergelijke ingreep kan verschillende achtergronden hebben.

In de eerste plaats kan zij berusten op overwegingen van wetgevingstechniek. Soms werkt het eenvoudigweg beter om de kring eerst te ruim te trekken en haar vervolgens in te snoeren, dan om de gewenste omvang in één keer positief te omschrijven. Ook kan een negatieve formulering nuttig zijn in verband met de daarmee te bereiken bewijslastverdeling; het is in principe aan degene die zich op een uitzondering beroept om aan te tonen dat die uitzondering zich inderdaad voordoet. Beide aspecten komen hand in hand naar voren in art. 6:231 sub a, dat de omschrijving van algemene voorwaarden afrondt met de zinsnede ‘met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven (...)’. Een ultiem technische achtergrond heeft art. 7:46b lid 1, hetwelk art. 7:5 lid 3 – dat aangevoerd gas en water buiten het consumentenkoopregime houdt – bij koop op afstand buiten toepassing verklaart. Aldus wordt een uitschakeling uitgeschakeld; oorzaak van deze wetgevingsbarok vormen de achterliggende richtlijnen.

In de tweede plaats kunnen aan het terugsnijden casuïstische overwegingen ten grondslag liggen: bepaalde situaties lenen zich, om enigerlei reden, niet voor toepassing van de aangedragen consumentenbescherming. Afdeling 7.1.9A (Overeenkomsten op afstand) biedt legio voorbeelden. Naast art. 7:46i, dat een kluit dienstenovereenkomsten aan de afdeling onttrekt, zie men, voor koopsituaties, art. 7:46b lid 2: de afdeling is niet van toepassing op de koop op afstand: *a.* die wordt gesloten met gebruikmaking van distributieautomaten of geautomatiseerde handelsruimten; *b.* op een veiling.

5.2 Uitgezonderd: koop op een veiling

De aldus voor koop op een veiling gemaakte uitzondering berust op art. 3 lid 1 van richtlijn 97/7/EG, hetwelk, in de Nederlandse vertaling, de 'verkoop bij opbod' ecarteert. De Engelse tekst spreekt van 'auction', de Duitse van 'Versteigerung', de Franse van 'vente aux enchères'; deze termen impliceren stuk voor stuk dat specifiek de veiling bij opbod – en dus niet het gehele veilingfenomeen – is buitengesloten. De uitzondering is in de richtlijn opgenomen 'gelet op de praktijk bij veilingen'.¹⁷ Onze minister maakt er verder weinig woorden aan vuil. Hij tekent slechts aan, voor een goed begrip, dat het gaat om veilingen waaraan de consument deelneemt via een techniek voor communicatie op afstand, 'bijvoorbeeld de telefoon of wellicht het Internet'.¹⁸ De stap van 'verkoop bij opbod' naar 'veiling' blijft ongemotiveerd. Van een bewuste afwijking van de richtlijn is denkkelijk geen sprake; het veralgemeniseren van een uitzonderingsrubriek zou het beschermingssterrein inperken en aldus een ontoereikende implementatie opleveren.

Veilingen worden vaker van bedenktijdstelsels uitgezonderd. Men zie ten aanzien van woningen art. 7:2 lid 5, waar 'koop op een openbare veiling ten overstaan van een notaris' is buitengesloten. De toelichting op die bepaling is een toonbeeld van bondigheid:¹⁹

'Dat het in de leden 1-2 bepaalde niet of moeilijk toepassing kan vinden op de veilingkoop, spreekt voor zich.'

Een belangrijk motief lijkt te zijn dat als ook de veilingkoper over een bedenktijd zou beschikken, de benutting daarvan een nieuwe veiling nodig zou maken, met alle kosten, moeite en vertraging van dien. Veilingverkoop is een 'zware vorm' van verkoop; de balans zou te zeer in het nadeel van de verkoper verstoord raken, indien de koper hem ook in deze bijzondere context simpel-

17 PbEG 1995, C 288/10, zoals aangehaald in MvT, TK 26 861, nr. 3, p. 16.

18 MvT, TK 26 861, nr. 3, p. 16; zowel het 'wellicht' als de hoofdletter I verraaft een zekere onwennigheid ten opzichte van (het gebruik van) het wereldwijde web.

19 MvT, TK 23 095, nr. 3, p. 7.

weg tot herhaling zou kunnen nopen. Het komt mij voor dat de – inmiddels al weer een ruime decennium oude – uitzondering voor veilingen bij de koop op afstand in dit perspectief moet worden gezien; er lijkt vooral gedacht aan een traditioneel type veiling, waaraan deze koper deelneemt via telecommunicatie, bijvoorbeeld door per telefoon of internet mee te bieden. Maar hoe te denken over alternatieve veilingmethoden, zoals die van het tegenwoordig zo populaire *eBay*?

Via de veilingssite *eBay* bieden allerlei personen en organisaties allerlei zaken te koop aan.²⁰ De veiling geschiedt, doordat geïnteresseerden via het internet een bod uitbrengen; wie het hoogste bod heeft uitgebracht op het moment waarop de door de verkoper aangegeven termijn verstrijkt, is koper. Wanneer de verkoper professioneel handelt en de koper als consument, rijst de vraag of in dezen het regime van art. 7:46a e.v. toepasselijk is, met als gevolg dat de koper de door hem gesloten overeenkomst desgewenst ter zijde kan schuiven op de voet van art. 7:46d lid 1. Een snelle blik op art. 7:46b lid 2 sub b doet vermoeden van niet. Maar snelle blikken misleiden.

BGH 29 september 2004 (eBay)

Bezieet men Duitse *eBay*-aanbiedingen, dan valt op dat sommige verkopers hun afnemers erover inlichten dat aan hen gedurende twee weken een *Widerrufsrecht* toekomt, niet zelden met verwijzing naar § 312d en/of § 355 van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Die *Belehrung* is geen overbodige luxe.²¹ Bij arrest van 29 september 2004, NJW 2005, 53, heeft de Duitse *Bundesgerichtshof* (BGH) zich vóór de toepasselijkheid van voor *Fernabsatzverträge* (§ 312b BGB) gegeven bedenktijdregeling uitgesproken.

Eiser koopt van gedaagde, een sieradenhandelaar, via *eBay* een 15-karaats diamanten armband voor € 252,51. Als de koper (tijdig) een beroep doet op een bedenktijd in de zin van par. 312d Abs. 1 BGB, werpt de verkoper hem tegen dat die weg in casu niet openstaat. De verkoper verwijst hiertoe naar § 312d Abs. 4 BGB, luidende:

‘Das Widerrufsrecht besteht, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht bei Fernabsatzverträgen (...) 5. die in der Form von Versteigerungen (§ 156) geschlossen werden.’

De *Bundesgerichtshof* acht dit verweer ontoereikend. Hij oordeelt dat in deze situatie geen sprake is van een koop *in der Form der Versteigerung*, en bespreekt daartoe, in een exemplarisch opgebouwd betoog, drieërlei. Allereerst presenteert de BGH een juridische analyse van het veilingfenomeen. Een *Versteigerung* komt tot stand door een *Zuschlag* (wij zouden zeggen: gunning, toewijzing),

20 Men besurfe <www.ebay.com>, of een locale variant zoals <www.ebay.nl> of <www.ebay.de>.

21 Zie § 355 Abs. 2 BGB, dat de *Belehrungspflicht* sanctioneert; vgl. art. 7:46c lid 1 sub f BW.

waarbij de verkoper het aanbod van een koper aanvaardt. Bij eBay ligt het anders; daar is het juist de verkoper die een – van een eindmoment voorzien – aanbod doet, terwijl de koper de rol heeft van acceptant. Ten tweede passeert een uitvoerig samenstel van op de wet georiënteerde argumenten de revue. Zowel de wettekst als de plaats in het systeem en het (uit de wetsgeschiedenis blijken) doel van de regeling pleiten, zo overweegt het college, tegen een ruime uitleg van de veilinguitzondering. In de derde en laatste plaats geeft de BGH aan dat de besproken uitzondering evenmin analoog mag worden toegepast. Voor analogie zou een *planwidrige Regelungslücke* nodig zijn, aan welke eis niet is voldaan, aangezien de Duitse wetgever mede de koop via internetveiling heeft overdacht en de wettelijke uitzondering bewust tot *Versteigerungen* heeft beperkt.

Evaluatie

De uitspraak is om meerdere redenen interessant. Uiteraard vanwege het – door de BGH wenselijk bevonden – resultaat: het beschermingsregime van de koop op afstand is op *eBay*-veilingen van toepassing. Maar zeker ook vanwege de motivering. De BGH onderzoekt tekst en toelichting van de richtlijn, en komt onomwonden tot de conclusie dat die geen uitsluitel opleveren.²² Er is dus ruimte voor interpretatie, en die ruimte kan worden benut om *eBay*-veilingen buiten die uitzondering – en daarmee binnen het bedenktijdregime – te houden. Hoe dit op richtlijnniveau exact ligt, kan echter in het midden blijven. Ook als de uitzondering op het niveau van de richtlijn ruim zou (moeten) worden gelezen, zou zulks geen probleem opleveren op het niveau van het nationale recht. Als gevolg van het minimumkarakter van de richtlijn²³ immers mogen de lidstaten de consument beter, en dus ook vaker, beschermen dan de richtlijn aangeeft.²⁴

Ik meen dat deze lijn gevoeglijk naar het Nederlandse recht kan worden doorgetrokken. Ten onzent ontbreekt een wettelijk anker als de *Versteigerung* van § 156 BGB, maar dat maakt de afweging niet wezenlijk anders. Bezien wij beide partijen. De consument die via *eBay* iets aanschafft bij een handelaar, is in wezen, afgezien van de atypische prijsvorming, niet in een andere positie dan degene die – bijvoorbeeld in een webwinkel – een 'gewone' koop op afstand sluit. Hoe gering het verschil is, blijkt misschien mede hieruit, dat *eBay* vele 'Buy Now' aanbiedingen kent, waarbij het bieden van een door de verkoper genoemde prijs de lopende veiling meteen beëindigt; het verschil met een reguliere afstandkoop is dan volledig verdampt. En wat de positie van verkopers betreft: deze komt mijns inziens niet in het nauw. Nu en dan zal een verkoper, na een bedenktjedinroeping, de zaak ten tweeden male in veiling moeten brengen. Maar het gaat dan slechts weer om een *eBay*-veiling, waarvan

22 Overweging (b) (cc) (2) van het arrest.

23 Art. 14 van richtlijn 97/7/EG.

24 Aldus overweging (b) (cc) (2), laatste alinea.

kosten, moeite en tijdverlies in het niet vallen vergeleken met die van een traditioneel type veiling.

6 DERDE TYPE BEGRENZING: INTERNE NADERE EISEN

Vervolgens wordt de aan de consument geboden bescherming uiteraard begrensd door de nadere vereisten die de getroffen regeling zélf aan het intreden van bepaalde, beschermende, rechtsgevolgen verbindt. Ook bij deze ‘interne nadere eisen’ kan men, overeenkomstig de hierboven besproken (positieve) terreinaanwijzing en (negatieve) terreininsnoering, onderscheiden tussen positief en negatief geformuleerde verlangens. De regeling van de koop op afstand bevat van beide categorieën vele voorbeelden.

Een in het oog springende illustratie levert de aan de consument gegunde bedenktijd: hij moet zijn terugtreedrecht binnen zeven werkdagen na ontvangst van de zaak inroepen, en zal bij gebreke daarvan aan de overeenkomst gebonden blijven (art. 7:46d lid 1). Een andersoortig voorbeeld biedt art. 7:46f lid 1, dat onder bepaalde omstandigheden het verzuim van de verkoper zonder ingebrekestelling doet intreden.

Negatief verwoorde nadere eisen zijn bij de koop op afstand evenmin schaars. Sommige zijn verrat in de vorm van ‘uitschakelbepalingen’; deze bevinden zich op de grens met de hierboven behandelde terreininsnoering, maar zijn daarvan te onderscheiden omdat en doordat zij niet het gehele beschermingsstelsel, maar slechts één of meer onderdelen daarvan immobiliseren. Gewezen zij op art. 7:46b lid 3, dat aangeeft dat bepaalde wetsartikelen niet van toepassing zijn op ‘de koop op afstand van hoofdzakelijk levensmiddelen die worden afgeleverd (...) door frequent en op gezette tijden langskomende bezorgers’, en op art. 7:46d lid 4, dat met betrekking tot bepaalde typen zaken – onder meer persoonsgebonden zaken, bederfelijke waar en kranten – de voorafgaande leden van art. 7:46d uitschakelt. Naast deze ‘terreingerichte’ grenzen is ook een aantal ‘regelgerichte’ begrenzingen aanwijsbaar, zoals aan het slot van art. 7:46f lid 1 (‘behalve voorzover de vertraging de verkoper niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is’) en het slot van art. 7:46g.

Als algemene observatie past dat deze derde categorie begrenzingen relatief ‘gewone’ eisen bevat, zoals die in enigerlei vorm aan welhaast ieder wetsartikel verbonden zijn.

7 VIERDE TYPE BEGRENZING: EISEN IN VERVOLGLEERSTUKKEN

7.1 Algemeen

Ieder consumentenbeschermingsstelsel is, ongeacht zijn nationale of internationale origine, door het verdere vermogensrecht omgeven en daarin ingebed. Zelf alles regelen kan het niet; in verscheidene opzichten zal het naar andere leerstukken moeten doorverwijzen. Zulk een – meestal impliciet blijvende – verwijzing kan echter niet met de ogen dicht geschieden. Wij zullen moeten dóórrekenen waar zij precies toe leidt, en zullen de gevonden resultaten moeten beoordelen in het licht van (de strekking van) het beschermingsstelsel waaraan zij zijn ontsproten. Werpt het vervolgleerstuk wellicht drempels op die in algemene zin wel, maar in dit specifieke kader niet op hun plaats zijn? Deze vraag is eens te meer interessant wanneer men haar op het snijvlak van transnationaal en nationaal vermogensrecht situeert. Bezien wij, wederom op het terrein van de koop op afstand, enkele illustraties van transnationale signatuur.

7.2 Verzending of ontvangst?

Art. 7:46d lid 1 bepaalt, dat de koper gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak het recht heeft de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. De termijn is overgenomen uit art. 6 lid 1 van richtlijn 97/7/EG ('beschikt de consument over een termijn van ten minste 7 werkdagen'). Wat is rechtens, wanneer een koper op de zevende – dus laatste – werkdag een brief schrijft waarin hij de bedenktijd inroept, welke brief de volgende dag door de postbode bij de verkoper wordt bezorgd?

Richtlijn noch koopafdeling biedt uitsluitsel. Naar het systeem van het wetboek is op de bedenktijdinroeping, als (eenzijdig gerichte) rechtshandeling, het algemene art. 3:37 lid 3 van toepassing: de verklaring moet, om haar werking te hebben, de geadresseerde hebben bereikt ('ontvangsttheorie'). Aldus bezien wordt de onderhavige verklaring pas werkzaam op de achtste werkdag, zodat zij te laat is uitgebracht en de koper aan de overeenkomst gehangen blijft. Deze benadering leidt tot de slotsom dat de consument die voor een – al dan niet aangetekende – brief kiest, het geschrift uiterlijk op de zesde werkdag dient te verzenden. Tegen dit resultaat zijn echter zwaarwegende bezwaren aan te voeren. Als een artikel aangeeft dat de consument zeven werkdagen ten dienste staan, gaat het niet aan daar op technische gronden in feite een dag af te knabbelen. Niet alleen zou aldus de techniek van het recht de moraal van de consumentenbescherming overwoekeren, maar ook zou de regeling een valkuil gaan bevatten voor de consument die zijn beslissing tot de laatste dag uitstelt; bij keuze voor een brief zou hij de hem toebedachte bescherming verspelen.

Bij de koop van timeshares van onroerende zaken heeft de wetgever het probleem onderkend en simpel maar doeltreffend geëcarteerd: 'De gestelde termijn is in acht genomen, indien een schriftelijke verklaring binnen die termijn is verzonden' (art. 7:48c lid 2). Deze regel is ontleend aan de Europese timesharerichtlijn; enkele andere richtlijnen bevatten soortgelijke bepalingen.²⁵ Bij de koop op afstand echter ontbreekt zij. Richtlijngever en wetgever lijken eenvoudig niet meer bij dit punt te hebben stilgestaan. Aldus kan – om met de Bundesgerichtshof te spreken²⁶ – een *planwidrige Regelungslücke* worden geconstateerd, die de ruimte verschaft om art. 7:48c lid 2 analoog op de overeenkomsten op afstand toe te passen. Deze oplossing sluit aan bij de Europese richtlijngeving (voorzover die op het punt ingaat), gunt de consument de volledige periode, en voorkomt dat voor juridische leken een valkuil ontstaat. Tegenover deze massieve argumentatie moet het uitgangspunt van art. 3:37 lid 3 het onderspit delven.²⁷ De Duitse wetgeving biedt nadere steun; § 355 Abs. 1 BGB bepaalt voor iedere consumentenbedenktijd, dat *zur Fristwahrung (...) die rechtzeitige Absendung* volstaat.

De oplossing van het probleem is – via art. 7:48c lid 2 – van transnationale natuur, maar houdt mijns inziens geen halt bij de transnationale regelstelsels; veeleer is een kettingreactie aannemelijk. Voor de koop van woningen door consumenten kent ons recht een puur nationale bedenktijdregeling (art. 7:2). Te dien aanzien heeft de minister, in een discussie met de Kamer, het standpunt ingenomen dat de ontvangstleer van art. 3:37 lid 3 onverkort moet worden doorgevoerd.²⁸ Naar mijn smaak is die visie niet volgenswaard. De hierboven vermelde argumenten gelden op het terrein van de woningkoop evenzeer, en misschien nog wel sterker, nu de bedenktijd hier slechts drie dagen belooft en 'aftrek' van een dag dus een relatief zware reductie zou betekenen.²⁹

25 Zie, naast art. 5 lid 2 van richtlijn 94/47/EG (timeshares), ook art. 5 lid 1 van richtlijn 85/577/EEG (colportage) en art. 6 lid 6 van richtlijn 2002/65/EG (verkoop op afstand van financiële diensten).

26 Zie hierboven, par. 5.2.

27 Nader Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: Hijma & Valk, *Wettelijke bedenktijd*, preadviezen VBR, Deventer: Kluwer 2004 (verder: preadvies VBR 2004), nr. 62. In deze zin reeds M.B.M. Loos, in: Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom 2003, p. 159-160. Aangezien het probleem tot het uiterste moment van inroeping beperkt blijft, kan wat de 'totstandkoming' van de afgelegde verklaring betreft aan art. 3:37 lid 3 worden vastgehouden; nader preadvies VBR 2004, nr. 63.

28 Zie o.m. MvA, EK 23 095, nr. 178b, p. 2; dienconform M.B.M. Loos, in: Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), p. 160.

29 Zie ook preadvies VBR 2004, nr. 62.

7.3 (Ver)nietig(baar)heid

Een ander heet hangijzer bij de implementatie van Europese consumentenbeschermingsrichtlijnen is de sanctie die aan de overtreding van dwingend consumentenrecht is verbonden. Wetssystematisch dringt de gedachte zich op dat sprake is van typisch één partij beschermende wetgeving, zodat volgens art. 3:40 lid 2 vernietigbaarheid de aangewezen sanctie is. Het Europese Hof van Justitie echter heeft in het kader van richtlijn 93/13/EEG – betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – uitgesproken, dat de rechter de mogelijkheid moet hebben bedingen *ambtshalve* op hun (on)eerlijkheid te toetsen.³⁰ Betekent dit, dat wij de nationale vernietigbaarheidssanctie moeten inwisselen voor een van rechtswege intredende nietigheid? De vraag, gerezen bij de algemene voorwaarden, kan eveneens aan de orde komen in andere consumentenkaders, zoals dat der koop op afstand. Het bestek van dit opstel laat niet toe deze materie nog te behandelen, maar boeiend is zij alleszins.³¹

8 VIJFDE TYPE BEGRENZING: BLOKKERENDE LEERSTUKKEN

8.1 Algemeen

Naast zulke 'meewerkende leerstukken' levert de nationale werkvloer ook 'tegenwerkende leerstukken' op, die naar hun natuur strekken tot inperking of blokkering van een anderszins gegeven recht of bevoegdheid. Men denke aan de leer van misbruik van recht of bevoegdheid (art. 3:13) en de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248), met in het verlengde van een en ander de onrechtmatige daad (art. 6:162).

Naar zuiver nationaal recht lijdt het geen twijfel, dat dit type leerstukken ook consumenten kan frustreren; 'een consumentenrecht' is een recht als alle andere, waarvan de uitoefening in concreto principieel kan afstuiten op art. 3:13 en/of art. 6:248 lid 2.³² Hooguit kan voor de consument worden aangetekend dat de omstandigheid dat hij 'zwakke partij' is, bij de te maken afweging de balans in zijn voordeel kan beïnvloeden.

Ligt aan een recht of bevoegdheid een Europese richtlijn ten grondslag, dan spreekt de toepasselijkheid van deze blokkerende leerstukken niet langer vanzelf. De lidstaten moeten de consument ten minste het door de richtlijn

30 HvJ EG 27 juni 2000, zaak C-240/98 e.v., *Jur.* 2000, I-4941, NJ 2000, 730 (Océano/Murciano Quintero et al.).

31 Nader preadvies VBR 2004, nr. 66.

32 Zie voor een illustratie op het verwante terrein van de huur(dersbescherming) HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322 (Wesselingh/Weisz).

verlangde beschermingsniveau bieden.³³ Barricades die niet in de richtlijn staan vermeld, brengen het niveau omlaag en zijn in dit licht kwetsief. Gelukkig vaart het Europese Hof van Justitie een realistische koers. In zijn arrest van 12 mei 1998 (Kefalas/Griekenland) overwoog dit Hof, aanhakend bij eerdere jurisprudentie, als volgt:³⁴

‘Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen de justitiabelen in geval van misbruik of bedrog geen beroep op het gemeenschapsrecht doen (...). Bijgevolg kan het niet in strijd met de communautaire rechtsorde worden geacht, dat de nationale rechterlijke instanties een nationale regel toepassen (...) om te beoordelen of van uit een gemeenschapsbepaling voortvloeiend recht misbruik wordt gemaakt.’

Ook op een op een Europese richtlijn berustend recht mag derhalve het nationale leerstuk van het rechtsmisbruik worden toegepast. Naar mijn mening zal hetzelfde gelden voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, die blijkens art. 6:248 lid 2 een onaanvaardbaarheidssdrempel bevat en daarmee – net als de leer van het rechtsmisbruik – een terughoudend regime kent, dat alleen in sprekende gevallen zal toeslaan.³⁵

8.2 Extra terughoudendheid

Hoewel de toepassing van een blokkerend leerstuk dus geen principiële bezwaren ontmoet, zie ik wel grond om extra kritisch naar de toepassing van een dergelijke figuur te kijken.

In de eerste plaats zal men hier niet alleen in algemene zin terughoudend moeten zijn, maar bovendien het belang moeten meewegen van een uniforme – althans zo uniform mogelijke – rechtstoepassing binnen de Europese gemeenschap. In wezen dient de rechter zich steeds de controlevraag te stellen, of de blokkering die hij zou willen erkennen, elders in de gemeenschap (vermoedelijk) ook op steun zou mogen rekenen. Voor nationale eigenaardigheden is hier, anders gezegd, geen ruimte.³⁶

Een tweede reden voor verhoogde terughoudendheid kan zijn gelegen in een het concrete geval overstijgende wens tot een effectieve consumentenbescherming. Men denke bijvoorbeeld aan de volgende casus. Een consument bestelt bij een internethandel een MP3-speler, die hij de dag na de ontvangst uit zijn handen laat vallen. Het apparaat werkt daarna niet meer naar behoren. Kan de koper nog een beroep doen op de bedenktijd en zodoende de koop eenvoudig, zonder opgave van en discussie over de reden, ter zijde stellen

³³ Zie ook par. 5.2 in fine.

³⁴ HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-367/96, *Jur.* I-2843, NJ 1999, 239 (Kefalas/Griekenland).

³⁵ Zie o.m. HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471 (Vervoersbond FNV/Frans Maas).

³⁶ Vgl. M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2001, nr. 421-424.

(art. 7:46d lid 1)? Men kan oordelen dat een dergelijk bedenktijdgebruik misbruik van recht oplevert en/of afstuit op de redelijkheid en billijkheid, zodat de koper zich niet meer aan de overeenkomst kan onttrekken. In evidente gevallen, waarin vaststaat dat de koper de bedenktijd normaliter niet zou hebben ingeroepen en daartoe slechts overgaat vanwege de beschadiging van het apparaat, heb ik met die benadering geen moeite.³⁷ Probleem is alleen dat in het leeuwendeel der situaties de kaarten niet zo duidelijk zullen liggen, omdat de koper bij navraag zal betogen dat het apparaat hem *sowieso* niet is bevallen en hij het om *die* reden terugstuurt. In dit soort diffuse situaties zou ik het niet graag laten aankomen op een debat over wat 'echt' of 'precies' de drijfveer van de consument is geweest om de overeenkomst te annuleren. De vermelding in art. 7:46d lid 1 dat de koper 'zonder opgave van redenen' kan terugtreden, is juist bedoeld om (rechtszekerheid te scheppen door) dit soort discussies te vermijden en daarmee een uitholling van het terugtreedrecht in de praktijk te voorkomen. Wil men de bedenktijdbescherming voluit tot haar recht brengen, dan zal men structureel genoeg moeten nemen met de stelling van de koper dat hij de zaak om hem moverende redenen terugstuurt. Van deze opvatting ondervindt de verkoper weinig nadeel. In voorkomend geval zal hij een schade op de koper kunnen verhalen via het algemene leerstuk van de wanprestatie, toegepast op de ongedaanmakingsfase. De koper moet de zaak teruggeven in de toestand waarin hij haar heeft ontvangen, en draagt bij gebreke daarvan aansprakelijkheid op de voet van art. 6:74 e.v. (jo. art. 6:203).³⁸ De voorgestane benadering impliceert, dat een pakket potentiële misbruikcasus 'ongezien' doorschuift naar het (vervolg)kader van aansprakelijkheid en schadevergoeding. Aldus wordt, op grond van generieke – op de rechtszekerheid georiënteerde – argumenten van consumentenbescherming, de rol van de blokkeringen teruggeschroefd.

9 BESLUIT

Consumentenbescherming kent haar grenzen. In dit opstel passeerden vijf typen begrenzingen de revue: terreinaanwijzing (par. 4), terreininsnoering (par. 5), interne nadere eisen (par. 6), eisen in vervolgleerstukken (par. 7), blokkerende leerstukken (par. 8).

Hand in hand hiermee ging een concretiserend onderzoek op het terrein van de 'koop op afstand', dat enkele interessante toepassings- en uitwerkings-

37 In zoverre breng ik een nuancering aan op mijn wat categorische betoog in preadvies VBR 2004, nr. 68; zulks mede naar aanleiding van C.G. Breedveld-de Voogd, 'Stelt het recht grenzen aan de uitoefening van de wettelijke bedenktijd?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005, p. 191-193.

38 De verwijzing naar art. 6:203 (onverschuldigde betaling) hangt samen met mijn visie dat de bedenktijdinroeping de koop vernietigt; ter onderbouwing diene preadvies VBR 2004, nr. 29-33.

vragen opleverde. Hoewel de bespreking van die vragen een incidenteel karakter draagt en derhalve ongeschikt is als basis van categorische uitspraken, kunnen, met de nodige voorzichtigheid, wel enkele lijnen worden getrokken. Het besprokene immers lijkt niet zelden exemplarisch voor de bewuste rubriek en heeft daarmee een relevant *pars pro toto*-gehalte. Tegen deze achtergrond geraak ik tot de volgende afrondende opmerkingen:

- De consumentenbescherming is een belangrijk goed, maar is niet dermate fundamenteel dat zij ook zou moeten worden doorgevoerd ten detrimente van een wederpartij die op redelijke grond aannam dat de ander professioneel handelde (par. 4.2).
- In geval van twijfel over de reikwijdte van een uitzondering dient – mede, maar zeker niet alleen, aan de hand van de toelichtende stukken – de ratio van die uitzondering te worden onderzocht, met aandacht voor de posities van beide partijen (par. 5.2). Wanneer serieuze twijfel resteert, zal het in de regel voor de hand liggen het voordeel daarvan aan de consument te gunnen. Een en ander kan eveneens worden aangenomen bij twijfel inzake andersoortige uit het beschermingsstelsel voortvloeiende grenzen, waarbij zowel te denken is aan begripsomschrijvingen (par. 4.2 slot) als aan de eisen die voor het intreden van een specifiek rechtsgevolg zijn gesteld (vgl. par. 6).
- Bij de toepassing van een vervolgleerstuk dient men (de ratio van) het betrokken consumentenbeschermingsstelsel in gedachten te houden. Resultaten die dat stelsel zouden ondergraven of het effect daarvan aanknagen, moeten worden voorkomen (par. 7.2). In wezen is dit een uitvloeisel van de algemene idee dat een wettelijke regeling moet worden uitgelegd en toegepast met een open oog voor de bijzonderheden van het geval, aanwezigheid en ratio van initiërende wetgeving daaronder begrepen.
- Ook bij de toepassing van een blokkerend leerstuk dient men (de ratio van) het betrokken beschermingsstelsel in gedachten te houden. Zulks kan er bijvoorbeeld toe leiden dat zo’n leerstuk op rechtszekerheidsgronden wordt teruggedrongen, aangenomen dat de positie van de wederpartij daardoor niet in het nauw geraakt (par. 8.2).

Als rode draad is zichtbaar, en verbazen kan dat niet, dat ook op het terrein van de consumentenbescherming de *ratio* van de getroffen regeling het rechtsdenken in belangrijke mate stuurt.

3 Timeshare, niet goed geen geld terug?

J.F.M. Janssen[■]

1 INLEIDING

Wie de royaler dan het onze met zon bedeelde gebieden van de aarde frequenteert, kent het verschijnsel van op straat of strand te worden aangesproken door een wildvreemde, die, gebruik makend van de vakantiestemming waarin de aangesprokene doorgaans verkeert, probeert deze een accommodatie in timeshare aan te smeren. De misstanden¹ die hierbij in Europa optraden met name de agressieve verkooptechnieken noopten het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie tot het uitvaardigen van richtlijn 94/47/EG.² Deze richtlijn heeft bij ons vertaling gevonden in de artikelen 7:48a-48g BW. Van de beoogde verhoogde bescherming van de consument is naar mijn mening bitter weinig terechtgekomen. In deze bijdrage wordt geanalyseerd waardoor dit doel niet is bereikt.

Dat dit doel niet is bereikt, is kennelijk ook de mening van de Europese Commissie blijkens het verslag van de toepassing van deze richtlijn.³ Deze mislukking is mijns inziens voor een deel terug te voeren op de uitgangspunten van de richtlijn zelf, die slechts bescherming biedt op een zeer beperkt aantal, duidelijk omschreven gebieden, met name: de verplichting van de vervreemder om vóór het afsluiten van de overeenkomst een bepaald aantal exacte gegevens te verstrekken, de toekenning aan de verkrijger van een terugtrekings- en verbrekingsrecht en het verbod dat de vervreemder is opgelegd om vóór de

■ J.F.M. Janssen is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Soms voelden mensen zich zo gestalkt en onder druk gezet, dat ze besloten voortijdig een einde te maken aan hun vakantie; zie <<http://www.el-mundo.es/sudiner0/99/SD169/SD169-08.html>> ('No son pocos los casos de quienes decidieron volver antes de su viaje gratis porque no soportaron la presión y el acoso'). Zie voor een opsomming van andere uitwassen: A.A. van Velten, 'Verkoop van periode-eigendom (time-sharing van onroerend goed) en consumentenbescherming: een vrijwel onontgonnen gebied', *TvC* 1991/5, p. 343.

2 Richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, *PbEG* L 280. Hiernaar wordt met zoveel woorden verwezen in art. 7:48a, sub d BW. Dit is gebeurd met het oog op art. 7:48g lid 2 BW (richtlijnbescherming).

3 Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk III, p. 26, ook te vinden op: <http://ec.europa.eu/comm/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/time02_nl.pdf>.

omkomst van de terugtrekkingstermijn voorschotten te vragen. Hieraan moet evenwel onmiddellijk worden toegevoegd dat het beperkte uitgangspunt van de richtlijn geen beletsel vormt voor de nationale wetgever voor een bredere aanpak. De hierna in de beschouwingen te betrekken Spaanse wetgeving vormt hiervan het bewijs.

Een tweede oorzaak van de mislukking is de ongelukkige typering (hierna nrs. 2 en 3) en afgrenzing (hierna nr. 4) van de timeshare-overeenkomst.

Voorts moet worden genoemd het ontbreken van *effectieve* sancties op overtreding van wettelijke voorschriften, hoewel de richtlijn aan het opleggen van effectievere dan de algemeen vermogensrechtelijke sancties niet in de weg stond en wetgevers van andere lidstaten van de Europese Unie in dit opzicht hun taak beter hebben verstaan. In dit verband is vooral een vergelijking met het Spaanse recht⁴ instructief. Ten eerste omdat Spanje al veel langer met het bijltje van timeshare⁵ hakt en mede op basis van de richtlijn een zeer gedetailleerde en alomvattende wettelijke regeling heeft getroffen. Ten tweede omdat de Spaanse wetgever in ieder geval heeft begrepen, dat zonder het treffen van *effectieve(re)* sancties het doel van consumentenbescherming niet goed wordt bereikt, hierbij gebruik makend van de in art. 11 richtlijn geboden ruimte tot het vaststellen van voorschriften die de koper verdergaand beschermen dan krachtens de richtlijn het geval zou zijn geweest. De Nederlandse wetgever daarentegen was, helaas, van mening dat op een paar onbeduidende uitzonderingen na, waarin de geboden bescherming verder reikt dan die van de richtlijn,⁶ in beginsel de algemene regels van het vermogensrecht, meer in het bijzonder art. 6:74 BW, volstaan voor de bepaling van de gevolgen van de niet-

4 De Europese richtlijn is uitgewerkt in Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 1998, hierna aangeduid als Ley 42/1998. De tekst van de wet is ook te vinden op: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/reals/L42-98.html>>. BOE is de afkorting voor Boletín Oficial del Estado (Staatsblad).

5 In de toelichting op de omzettingwet geeft de Spaanse wetgever aan de aanduiding ‘tiempo compartido’ (letterlijke vertaling in het Spaans van ‘timeshare’) onjuist te vinden onder andere omdat de tijd *niet* wordt gedeeld. Gedurende een bepaalde tijd heeft de gebruiker immers een alleenrecht. Daarom wordt het verschijnsel aangeduid met ‘derecho de aprovechamiento por turno’ (genotsrecht bij toerbeurt). Wordt gekozen voor timeshare in de vorm van een zakelijk recht, dan verbiedt art. 1 lid 4 Ley 42/1998 het gebruik van de begrippen: eigendom, mede-eigendom en onverdeeld aandeel in de eigendom, zelfs in reclamemateriaal.

6 Zo wordt in art. 7:48c BW bepaald dat de termijn eerst begint te lopen na terhandstelling van (een afschrift van) de koopakte, terwijl de richtlijn de termijn laat aanvangen na de ondertekening van de koopakte door partijen, wordt de positie van de koper versterkt doordat hij ook in geval van 7:48c lid 1 BW (het in de richtlijn met *terugtrekking* aangeduide geval) geen vergoeding aan de verkoper verschuldigd is en wordt ex art. 7:48g BW de richtlijnbescherming uitgebreid tot kopers van onroerende zaken, die zijn gelegen op het grondgebied van een lidstaat die deel uitmaakt van de Europese Economische Ruimte. Zie voor een opsomming van deze lidstaten: <<http://www.ce-marking.nl/nl/helpdesk/faq2.html>>.

nakoming van de richtlijn,⁷ welke gevolgen volgens art. 10 van de richtlijn door de lidstaten moeten worden geregeld. In het Verslag van de Europese Commissie wordt Nederland genoemd in de categorie landen die hebben gekozen voor een omzetting van de richtlijn die letterlijk wordt genoemd, aangezien de nationale maatregelen heel weinig afwijken van de strikte inhoud van de richtlijn.⁸ Landen die dit niet hebben gedaan, zoals Spanje en Portugal, worden ingeschaard bij de groep van wat de Commissie noemt: de innovatieve aanpak. Het eindresultaat van Nederland is een hopeloos gebrekkig product (zie nr. 5).

Als laatste oorzaak kan worden genoemd, dat de obligatoire constructie van timeshare de gebruiker per definitie een veel geringere bescherming biedt dan een zakenrechtelijke en dat onze wetgever anders dan bij voorbeeld de Spaanse en de Nederlands-Antilliaanse – zie voor de laatste hierna nr. 7 – heeft verzuimd een apart zakelijk recht te creëren. Door deze omissie moet de praktijk zich (zien te) redden met het bestaande wettelijke arsenaal, dat niet goed toegesneden is op de bijzonderheden van de timeshare (hierna nr. 6).

De huidige wettelijke regeling van timeshare vormt de echo van moreel verwerpelijk praktijken van verkopers van timeshares. Maar als de reactie van de Nederlandse wetgever op dergelijke praktijken, zoals helaas het geval is, volstrekt ontoereikend is, zullen de gesignaleerde misstanden voortduren en zal uiteindelijk aan de rechter de ondankbare taak zijn om roeiend met de riemen die hij heeft, de rechtsverhouding tussen verkoper en koper een moreel aanvaardbaar gehalte te geven. Gezien vanuit de Trias Politica is dit echter de omgekeerde wereld. De timeshareregeling is een schoolvoorbeeld van improductieve wetgeving.

Ten slotte nog een opmerking van terminologische aard. Het verschijnsel timeshare kent een zeer rijke verscheidenheid aan aanduidingen. Onze wetgever voegt hieraan een nieuwe toe en heeft in afdeling 10A van de eerste titel van Boek 7 BW gekozen voor ‘gebruik in deeltijd’. Mijn voorkeur gaat uit naar ‘gebruik bij toerbeurt’, omdat uitsluitend deze aanduiding duidelijk maakt dat er nog andere⁹ gebruikers zijn én dat zij elkaar afwisselen. Daarnaast gebruik ik het min of meer gemunte begrip timeshare.

7 Zie wetsvoorstel 24 449, nr. 3, p. 4, laatste alinea.

8 Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk I, p. 5.

9 Vergelijk: deeltijdfunctie; dit begrip veronderstelt niet dat de functie met een of meer anderen wordt gedeeld.

2 DE KARAKTERISTIEKEN VAN HET RECHT VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT¹⁰

Het zal niet verbazen dat de literatuur over timeshare¹¹ voor een belangrijk deel buiten onze landsgrenzen moet worden gezocht en niet zelden Spaanstalig is. De twee Nederlandstalige proefschriften op dit gebied zijn vooral rechtsvergelijkend van aard en geschreven door auteurs uit de Nederlandse Antillen.¹² Bij ons heeft vooral Van Velten zich met timeshare bezig gehouden.

Welke zijn de karakteristieken van een recht van gebruik bij toerbeurt? Arduin¹³ noemt de volgende vier elementen die naar haar mening de timeshare kenmerken:

‘1. eigendom (juridische of economische), 2. gebruiksbevoegdheid, 3. beperkte periode en 4. medegenot van de algemene voorzieningen, behorend bij de onroerende zaak.’

Haar aanduiding is deels onjuist, deels onvolledig. Zij is onjuist waar timeshare wordt aangeduid als *juridische* eigendom. Korthedshalve verwijs ik naar nr. 6 van mijn bijdrage. De typering van Arduin is onvolledig, omdat een flink aantal wezenlijke elementen ontbreekt: de exclusiviteit en het alternerend karakter van het gebruiksrecht, de overdraagbaarheid van het recht, de aanspraak op diensten, de (vooruit)betaling van een (totaal)prijs, de verplichting om te zorgen voor aanwezigheid van huisraad, het ontbreken van de bevoegdheid van de timesharegerechtigde om veranderingen aan te brengen aan zowel de structuur en het inwendige van de accommodatie als aan de inrichting ervan (het huisraad), de omslag van de exploitatiekosten en de gehoudenheid van de gerechtigde zich als een zorgvuldig gebruiker te gedragen.

Van de Velde¹⁴ komt tot de volgende typering van timesharing: verschillende personen hebben op een (al dan niet welbepaald, maar bepaalbaar) (onroerend) goed een roterend, ‘cyclisch’, zakelijk en/of persoonlijk, exclusief recht van gebruik en/of genot gedurende een al dan niet welbepaalde maar bepaalde periode. Zoals bij de bespreking van art. 1 Ley 42/1998 nog zal blijken, schiet ook deze aanduiding ernstig tekort doordat talrijke essentiële elementen ontbreken.

10 Aandacht wordt uitsluitend besteed aan civielrechtelijke aspecten. Rechtbank Rotterdam 5 april 2005 (voorzieningenrechter), *LJN* AT3564 merkt de timeshare-overeenkomst waarover hij had te beslissen aan als ‘een obligatie of soortgelijk waardepapier’ in de zin van de Wet Toezicht Effectenverkeer 1995; zie ook CBB 20 september 2005, *LJN* AU3267.

11 Zie voor een opsomming van de Nederlandstalige literatuur: Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten (2002) nr. 366, Asser-Hijma 5-I (2001), nr. 150a en J. van de Velde, *Timesharing van onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse* (diss. Gent, 1999), p. 876-881.

12 R.J.A. Arduin, *Timesharing, Timesharing van onroerend goed vergeleken* (diss. Amsterdam VU 1993) en J. van de Velde, *Timesharing van onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse* (diss. Gent, 1999).

13 Arduin 1993, p. 3; zie ook p. 70.

14 Van de Velde 1999, p. 35.

Gustavo Alegre¹⁵ omschrijft timeshare als de overeenkomst waarbij de gerechtigde periodiek en exclusief tegen betaling van een prijs een voor vakantie bestemde onroerende zaak kan gebruiken en hiervan het genot kan hebben gedurende een bepaalde periode per kalenderjaar. Deze aanduiding is mijns inziens enerzijds veel te algemeen, anderzijds ontbreken ook hier wezenlijke elementen, terwijl de bestemming van de onroerende zaak (vakantiedoeleinden) geen wezenskenmerk is van timeshare.

Een wel heel magere aanduiding van timeshare biedt de Colombiaanse wet. De materie is geregeld in de Algemene Wet op het Toerisme,¹⁶ Hoofdstuk IX: Del systema de tiempo compartido. Art. 95 bepaalt niet meer dan dat de gerechtigde ieder jaar gedurende een bepaalde periode, doorgaans een week, een tijdelijk of eeuwigdurend, overdraagbaar recht heeft van gebruik en genot van een toeristisch of recreatief onderkomen.¹⁷

Stukken beter dan de hiervóór genoemde typering is die van Van Velten:¹⁸

‘Onder periode-eigendom wordt verstaan elke rechtsvorm waarbij aan een koper direct of indirect de (mede)eigendom van één of meer begeleide (meestal recreatie) project(en) wordt overgedragen, onder de beperking van de uitoefening van diens recht tot een bepaald, elk jaar terugkerend tijdvak. Gedurende dat tijdvak heeft hij als enige van een nader te omschrijven deel van dat project en het daarin aanwezige meubilair het genot, terwijl hij dan tevens gebruik mag maken van alle faciliteiten die het project biedt. Bij de verwerving is een vergoeding ineens verschuldigd, terwijl de exploitatiekosten van het project worden omgeslagen over de periode-eigenaars.’

Grootste bezwaar tegen deze typering is dat *uitgifte* van een timeshare in (mede)eigendom niet mogelijk is. Ik verwijs korthedshalve naar mijn uiteenzettingen in nr. 6. Een tweede bezwaar is dat geen rekening wordt gehouden met een uitsluitend obligatoir gebruiksrecht en dat dit recht overdraagbaar is. Voorts ontbreekt de verplichting van de timesharegerechtigde zich als een zorgvuldig gebruiker te gedragen. Hij is immers niet de enige zakelijk gerechtigde. Ook hadden niet mogen ontbreken de verplichting van de eigenaar/

15 In: *Contratos especiales en el siglo XXI*, coordinación Roberto López Cabana, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 301.

16 Ley 300 de 1996 de julio 26, Diario Oficial Nr. 42.845 de julio de 1996 (La Ley General de Turismo).

17 De tekst van art. 95 luidt: ‘El sistema de tiempo compartido turístico es aquel mediante el cual una persona natural o jurídica adquiere, a través de diversas modalidades, el derecho de utilizar, disfrutar y disponer, a perpetuidad o temporalmente, una unidad inmobiliaria turística o recreacional por un período de tiempo en cada año, normalmente una semana.’

18 ‘Verkoop van periode-eigendom (time-sharing van onroerend goed) en consumentenbescherming: een vrijwel onontgonnen gebied’, *TvC* 1991, nr. 5, p. 341. Merkwaardig is dat hij op p. 339 een deels andere typering geeft! Deze laatste is identiek aan die van zijn artikel: ‘Time sharing van onroerend goed’, *WPNR* 5396 (1977), p. 418, l.k.

verkoper het onderkomen van de nodige inrichting te voorzien en de aanspraak van de timesharegerechtigde op diensten die wezenlijk zijn voor de uitoefening van zijn recht.

Veel van de elementen die Van Velten noemt, zijn terug te vinden in de omschrijving van de Spaanse wetgever. Zij is tot nu toe onovertroffen en is bovendien geënt op de Europese richtlijn, maar desondanks incompleet. In art. 1 lid 1 Ley 42/1998 wordt de volgende omschrijving van de timeshare-overeenkomst gegeven:

‘Es objeto de esta Ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo.’

Volgens deze aanduiding zijn de karakteristieken van timeshare de volgende:

- a) Een exclusief genotsrecht met betrekking tot een bepaalde accommodatie. Lid 2 van art. 1 stelt vervolgens nadere eisen aan het gebouw of, indien daarvan sprake is, de groep gebouwen.
- b) Ieder jaar gedurende een bepaalde periode. Volgens lid 3 kan deze periode niet korter zijn dan zeven aaneengesloten¹⁹ dagen. Niet duidelijk is of de periode jaarlijks mag variëren.
- c) De accommodatie moet een onafhankelijk gebruik mogelijk maken doordat hij een eigen of gemeenschappelijke uitgang op de openbare weg heeft.²⁰
- d) De accommodatie moet permanent zijn uitgerust met huisraad dat voor het doel geschikt is;
- e) Een recht op aanvullende diensten. Art. 4 sub c bepaalt dat de verkoper hiertoe een overeenkomst dient te sluiten met een onderneming, die niet gevestigd mag zijn in een fiscaal paradijs en ten minste één vestiging in Spanje moet hebben.

19 De wet spreekt van siete días *seguidos*. In dit opzicht is de Spaanse wet preciezer ten aanzien van de bedoeling van de richtlijn dan art. 7:48a BW dat spreekt van een week, hierbij in het midden latend of dit een *aaneengesloten* tijdvak van zeven dagen is.

20 Vergelijk art. 7:234 BW (definitie van zelfstandige woning).

- f) Het recht omvat niet de bevoegdheid veranderingen aan te brengen aan de accommodatie of het huisraad.²¹
- g) Het recht is naar keuze beperkt zakelijk of obligatoir.
- h) Het recht is overdraagbaar.²²

Een aantal wezenlijk elementen ontbreekt echter ook in deze omschrijving: de omslag van de exploitatiekosten over de timesharegerechtigden en het alternerend karakter van het recht; de verschillende timeshare-rechten volgen elkaar op in de tijd.²³ Dit element ligt niet reeds besloten in de aanduiding *aprovechamiento por turno*, omdat dit de aanduiding is van de naam en niet van het karakter van het recht.

Blijkens de omschrijving zijn kennelijk geen karakteristieken van timeshare: het doel waarvoor het onderkomen wordt gebruikt en de verplichting tot gehele of gedeeltelijke vooruitbetaling van de koopsom. Het eerste is terecht, het laatste niet, omdat vooruitbetaling de praktijk van alle dag is. Zij dient dan ook als karakteristiek in de omschrijving te worden opgenomen, zoals Van Velten en bij voorbeeld de Venezolaanse wet²⁴ terecht wel doen en waartoe des te meer aanleiding bestaat gezien art. 7:48d BW (vooruitbetaling totaalprijs) en met name art. 7:48e BW – waarvan het Spaanse equivalent art. 12 Ley 42/1998 is –, dat bepaalt dat ontbinding van de koopovereenkomst ook ontbinding van de financieringsovereenkomst tot gevolg heeft. Deze ontbinding vindt van rechtswege plaats ingeval van financiering door de verkoper, terwijl ex lid 3 een ontbindingsverklaring nodig is ingeval van financiering door een derde op grond van een met de verkoper gesloten overeenkomst. Voor financiering door een derde die geen relatie heeft met de verkoper, bevat het BW geen voorziening. Dat ook hier ontbonden moet kunnen worden, ligt in de rede. Hiertoe zal een beroep gedaan moeten worden op HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (Jans/Fiat Credit).

21 J. van de Velde, *Timesharing van onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse* (diss. Gent 1999), p. 23, spreekt van een relatief radicaal verbod.

22 De overdraagbaarheid van het recht is geregeld in art. 15 lid 1 Ley 42/1998 ('El titular de un derecho de aprovechamiento por turno puede libremente disponer de su derecho sin más limitaciones que las que resultan de las leyes y sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen').

23 Art. 2030 BW Argentië rept van 'usos y goces sucesivos o alternados por períodos determinados' (cursief JJ). In de Spaanse regeling had derhalve moeten staan: 'con carácter exclusivo e alternado'.

24 De tekst van de Venezolaanse 'Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido, Gaceta Oficial N° 5022 Extraordinario del 18.12.1995', luidt: 'es el derecho de uso y disfrute sobre un alojamiento de carácter turístico, amoblado y equipado, integrado a un desarrollo inmobiliario, durante un período específico y a intervalos, previamente establecidos, determinados o determinables, así como también a la utilización de todas las instalaciones y servicios comunes del respectivo desarrollo inmobiliario, a cambio de un precio cierto *pagadero por adelantado* en uno o más plazos' (Cursief JJ).

In de *Exposición de motivos I* op de wet wordt het verrichten van diensten *essentieel* genoemd voor timeshare. Opgemerkt wordt dat zonder een onderneming die diensten verricht dan wel indien zo'n onderneming er wel is, maar niet goed functioneert, in de praktijk het timesharerecht niet kan worden uitgeoefend.²⁵ Welke aanvullende²⁶ diensten moeten worden verleend, wordt evenwel niet bepaald. Art. 5 lid 1 sub 4 Ley 42/1998 rept slechts van diensten die inherent zijn aan timeshare ('servicios que se han de prestar y que son inherentes a los derechos de aprovechamiento por turno'). In de praktijk betreft het vooral diensten in de sfeer van exploitatie, onderhoud, beheer en administratie.

Het wezenlijk karakter van de diensten wordt nog eens onderstreept in art. 16 Ley 42/1998, dat bepaalt dat de eigenaar of promotor jegens de timesharegerechtigde aansprakelijk is voor de correcte nakoming door de onderneming die gehouden is de diensten te verrichten. Ingeval van wanprestatie van deze dienstenonderneming zijn de eigenaar en de promotor – ook al zijn ze geen partij bij deze dienstenovereenkomst – verplicht de dienstenovereenkomst te ontbinden en schadevergoeding ten behoeve van de timesharegerechtigden te eisen. Omgekeerd kunnen laatstgenoemden van de eigenaar en van de promotor nakoming van de dienstenovereenkomst en schadevergoeding vorderen in geval van niet nakoming door de dienstenonderneming. Wordt de dienstenovereenkomst ontbonden dan komen de contractuele verplichtingen direct op de eigenaar of op de promotor te rusten dan wel moeten zij een andere onderneming voor het leveren van de diensten contracteren zonder dat hierdoor aan bestaande rechten van de timesharegerechtigden afbreuk kan worden gedaan.

Het Spaans systeem kent nog de bijzonderheid dat pas – zakelijke dan wel obligatoire – timesharerechten in het leven kunnen worden geroepen, indien de eigenaar een timeshareregiem voor het gebouw of de groep gebouwen in het leven heeft geroepen. Hiertoe zijn ex art. 4 e.v. Ley 42/1998 nodig een authentieke akte en inschrijving hiervan in de openbare registers.²⁷ De akte moet beantwoorden aan een reeks vereisten en een veelheid aan zeer gedetailleerde gegevens²⁸ bevatten alles op straffe van niet-inschrijving, waardoor uitgifte in timeshare onmogelijk is.

25 De tekst luidt: 'Además, la Ley contiene una expresa mención de la empresa de servicios, esencial para la vida del régimen y para el adecuado disfrute del derecho adquirido. Sin empresa de servicios, o si ésta funciona incorrectamente, el derecho no podrá ser ejercitado en la práctica y de poco le servirá al adquirente que el contenido jurídico del mismo esté en otros aspectos perfectamente determinado' (Cursief JJ).

26 Het adjectief – 'complementarios' – is duister. Waarschijnlijk wordt bedoeld: complementair aan het genotsrecht, hoewel dit geen dienst is.

27 Dezelfde constructie wordt gevolgd in art. 2030 BW Argentinië: '(...) el condominio con *indivisión forzosa* se constituye por el otorgamiento en escritura pública del reglamento de condominio y administración y su inscripción en el registro inmobiliario' (Cursief JJ).

28 Zie art. 9 Ley 42/1998, dat bestaat uit anderhalve bladzijde zeer geserreerde tekst.

Tegen de achtergrond van met name de Spaanse typering is die van art. 7:48a BW hoogst gebrekkig doordat de elementen (a), (c), (d), (e), (f), (h) alsmede de vooruitbetaling van de koopprijs – al dan niet in termijnen – en de omslag van de onderhouds- en exploitatiekosten over de timesharegerechtigden ontbreken. Met name in verband met de zakenrechtelijke modaliteit van het gebruiksrecht zal ook moeten worden bepaald dat de timesharegerechtigde als een zorgvuldig gebruiker dient om te gaan met het onderkomen en met de inboedel, immers hij is niet de enige gerechtigde. Voor de obligatoir gebruiksgerechtigde vloeit deze verplichting al voort uit art. 6:248 lid 1 BW. Van de omschrijving dient geen deel uit te maken dat het timesharerecht betrekking heeft op een *vaste en specifiek aangeduide* (groep van) onroerende za(a)k(en)²⁹ waardoor onder andere de in nr. 4 te noemen travel discount club binnen het bereik van de regeling zal vallen.

Met name het ontbreken van kernelement (e)³⁰ is om meer dan één reden een gemis, niet in het minst omdat hierdoor de kans is gemist de timeshare-overeenkomst te brengen binnen het bereik van art. 5 EVO.³¹ In dit verband is van belang het arrest Travel Vac/Antelm Sanchis,³² waarin het Hof van Justitie heeft beslist dat de overeenkomst – die het Hof met zoveel woorden aanduidt als: ‘timesharing-overeenkomst’ – zowel binnen het kader van het recht van gebruik van onroerende zaken als van de levering van afzonderlijke diensten kon vallen en dat, gelet op het feit dat de diensten een hogere waarde vertegenwoordigden dan het gebruiksrecht van de onroerende zaak, een dergelijke overeenkomst niet moest worden beschouwd als een overeenkomst die hoofdzakelijk betrekking heeft op rechten met betrekking tot onroerende zaken.

Ik kom tot de volgende omschrijving:³³ het recht van gebruik bij toerbeurt is een beperkt³⁴ zakelijk of persoonlijk recht dat de gerechtigde tegen gehele of gedeeltelijke vooruitbetaling van een geldsom gedurende steeds dezelfde periode per kalenderjaar een exclusief en alternerend recht van gebruik geeft van een zelfstandige woning³⁵ en de inboedel³⁶ waarmee de woning met

29 Bij de zakenrechtelijke variant van de timeshare is dit uiteraard onmogelijk.

30 Art. 1, aanhef, sub g, Gegevensbesluit (Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden) veronderstelt het bestaan van diensten!

31 EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen, *Trb.* 1980, 156.

32 HvJ 22 april 1999, *NJ* 1999, 748.

33 In deze definitie wordt een aantal rechten van de gebruiker genoemd. Niet nader is aangeduid op wie de met deze rechten corresponderende verplichtingen rusten. Dit is ook niet goed mogelijk nu de omschrijving zowel op de zakenrechtelijke als op de obligatoire variant van het gebruiksrecht bij toerbeurt betrekking heeft. Bij de zakenrechtelijke variant zullen de kwalitatieve verplichtingen rusten op de hoofdgerechtigde, bij de obligatoire variant op de debiteur.

34 Zie hierna nr. 6.

35 Zie voor dit begrip art. 7:234 BW

het oog op het voorziene gebruik dient te zijn uitgerust. Het recht is overdraagbaar en sluit tevens in een recht van gebruik van gemeenschappelijke voorzieningen. De gerechtigde heeft aanspraak op diensten die essentieel zijn voor de uitoefening van zijn recht. Hij is verplicht bij te dragen in de kosten van exploitatie en onderhoud. Hij is niet bevoegd veranderingen aan te brengen aan de woning of de inboedel en hij is gehouden zich als een zorgvuldig gebruiker te gedragen. Het recht kan ook op de voet van art. 3:168 BW in het leven worden geroepen.³⁷ Art. 3:178 BW is niet van toepassing.

3 DE AARD VAN HET PERSOONLIJK RECHT VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT VOLGENS HET BW

In de Europese richtlijn wordt nadrukkelijk geen uitspraak gedaan over de aard van de overeenkomst inzake het recht van gebruik bij toerbeurt van een onroerende zaak en wordt aan de lidstaten de keuze gelaten van een juridische kwalificatie van deze overeenkomst.³⁸ In de verschillende lidstaten van de Europese Unie treft men in dit opzicht dan ook verschillende benaderingen aan.³⁹

Art. 7:48a BW typeert de timeshare-overeenkomst als ‘iedere overeenkomst en ieder samenstel van overeenkomsten met een duur van ten minste drie jaren en met de strekking dat de ene partij – de verkoper – tegen betaling van een totaalprijs aan de andere partij – de koper – een zakelijk of persoonlijk recht geeft of zich verbindt te geven tot gebruik voor ten minste een week per jaar van een of meer tot bewoning bestemde onroerende zaken of bestanddelen daarvan’. De wetgever typeert de overeenkomst als een koopovereenkomst, omdat timeshare-overeenkomsten ‘in de praktijk vrijwel steeds, zo niet altijd, koopovereenkomsten zullen zijn’.⁴⁰ In hetzelfde nummer van de Toelichting wordt dit beeld echter al genuanceerd: de regels van koop zijn van toepassing ‘voorzover dit in overeenstemming is met de aard van het recht van gebruik van een onroerende zaak in deeltijd’. In het Verslag over de toepassing van de richtlijn⁴¹ wordt opgemerkt dat de meeste lidstaten er bij de omzetting van afgezien hebben om de overeenkomst juridisch te kwalifice-

³⁶ Zie voor dit begrip art. 3:5 BW.

³⁷ Korthedshalve verwijs ik naar nr. 6. Overbodig is om in de definitie tot uitdrukking te brengen dat het recht van gebruik bij toerbeurt in dit geval geen *beperkt* zakelijk recht is.

³⁸ Zie vierde overweging van de considerans van de richtlijn, voorts SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk II (Opmerkingen over de omzetting), ad A sub 1, p. 8 en wetsvoorstel 24 449, nr. 6 (Nota n.a.v. het verslag), p. 3.

³⁹ European Commission, Consultation Paper, Review of the Timeshare Directive (94/47/EC), p. 9, te vinden op: <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/consultation_paper010606_en.doc>, noemt er vier: property right, right of tenancy, het Franse systeem van de Société Civile d’Attribution en het Engelse Trustee-Club System.

⁴⁰ Wetsvoorstel 24 449, nr. 3, sub 2.

⁴¹ SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk II, p. 8.

ren. Dit wijst er niet bepaald op dat in de praktijk timeshare-overeenkomsten, zoals onze wetgever wil doen geloven, vrijwel steeds koopovereenkomsten zijn.

Mijns inziens kan slechts van een koopovereenkomst worden gesproken, indien het recht van gebruik bij toerbeurt van een onroerende zaak een *zakelijk* recht is, omdat alleen dan aanwezig is wat volgens de art. 7:1 jo. 7:9 BW karakteristiek is voor de koopovereenkomst, te weten het geven van een *zaak*, die in *eigendom*⁴² aan de koper wordt overgedragen. Maar in ons recht is hoogst twijfelachtig of met het bestaande wettelijk arsenaal een zakelijk recht bij toerbeurt überhaupt valt te realiseren.⁴³ De creatie van een gebruiksrecht bij toerbeurt door overdracht in (mede)eigendom is in ieder geval onmogelijk (zie hierna nr. 6). Daarom had in art. 7:48a BW moeten zijn bepaald dat het recht *beperkt* zakelijk is.

Als *persoonlijk* recht heeft het recht veel meer de trekken van een huurovereenkomst dan van een koopovereenkomst. Hierop wijst al aanstonds de formulering van artikel 7:48a BW, dat als karakteristieken van de timeshare-overeenkomst noemt het tegen *betaling in gebruik* geven van een onroerende zaak. Een overeenkomst strekkende tot verkrijging van een *obligatoir* recht van *gebruik* van een onroerende zaak tegen *betaling* van een prijs is blijkens art. 7:201 BW echter geen koop, maar huur; bondig gezegd: koop van een obligatoir gebruiksrecht is huur. De vraag is derhalve veeleer of we te maken hebben met een overeenkomst die in de kern een huurovereenkomst is of met een overeenkomst die voldoende eigen kenmerken heeft om hem aan te merken als een overeenkomst sui generis. De wetgever rept in 7:48a BW niet ten onrechte van *totaalprijs* in plaats van prijs, hiermee aangevend dat de timeshare-overeenkomst nog andere elementen bevat dan enkel het tegen betaling in gebruik geven van een onroerende zaak. Hierbij moet name worden gedacht aan het leveren van allerlei diensten zoals schoonmaak, onderhoud, reparatie, exploitatie, beheer, levering van water en energie, receptie, bemiddeling bij ruil van timeshares en aan de inrichting (meubilering) van de onroerende zaak.

De minister merkt in de toelichting op art. 7.1.10A.1 (thans art. 7:48a BW) op dat de aanduiding *totaalprijs* in de omschrijving van de richtlijn *lijkt* (sic!) te zijn bedoeld om huurovereenkomsten buiten het toepassingsbereik van de richtlijn te houden.⁴⁴ Deze – met een Duitse term: – Hineininterpretation stuit echter af op de reeds gedane constatering dat in de Europese richtlijn nadrukkelijk geen uitspraak wordt gedaan over de aard van de overeenkomst inzake het recht van gebruik bij toerbeurt van een onroerende zaak en dat aan de lidstaten de keuze wordt gelaten van een juridische kwalificatie van deze

42 Kan ex art. 7:47 BW ook een hiervan afgeleid recht zijn, hetgeen van belang is omdat eigendom en timeshare zich niet met elkaar verdragen; zie hierna nr. 6.

43 De Spaanse en de Nederlands-Antilliaanse wet bieden de keuze tussen een afzonderlijk gecreëerd zakelijk recht en een obligatoir recht.

44 Zie wetsvoorstel 24 449, nr. 3, p. 6, eerste volle alinea; idem, nr. 6, p. 3.

overeenkomst. Dit is gedaan vanwege de zeer uiteenlopende regelingen die de lidstaten op stuk van de timeshare kennen.⁴⁵ Bovendien is onder andere de Spaanse wet het levende bewijs dat de richtlijn niet aan de kwalificatie van timeshare als huurovereenkomst in de weg staat. Zo bepaalt art. 1 lid 6 Ley 42/1998, dat seizoenshuurovereenkomsten waarbij de *huur* voor alle seizoenen – mits ten minste drie en maximaal vijftig in aantal – geheel of gedeeltelijk wordt vooruitbetaald, onder het regiem van de ‘derecho de aprovechamiento por turno’ vallen en wordt met zoveel woorden gesteld dat de timeshare-regeling onverlet laat de Stedelijke Huurwet.⁴⁶ De Griekse wet regelt de timeshare zelfs bij de huurovereenkomst⁴⁷ en ook het Engelse systeem van tenancy⁴⁸ duidt op het huurkarakter van de timeshare.

Voorts wordt (het effect van) art. 6:215 BW miskend. Mij zou niet verbazen, indien de rechter met gebruikmaking van deze bepaling – ingevolge welke ingeval een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten voldoet, de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing zijn, behoudens voorzover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet – bij overeenkomsten als bedoeld in art. 7:48a BW het accent zal leggen op de huurbepalingen. Dan zou in ieder geval één timeshareprobleem zijn opgelost, te weten de binding – ex art. 7:226 BW – aan de timeshare-overeenkomst van de rechtsopvolger van de verkoper, die de onroerende zaak waarvan de in timeshare verworven accommodatie deel uitmaakt, in eigendom overdraagt.

Voor ons recht wordt het huurkarakter verdedigd door Mertens.⁴⁹ Ook het Röslerarrest⁵⁰ van het Hof van Justitie pleit ervoor timeshare te zien als een huurovereenkomst. In casu betrof het de huur voor korte duur van een vakantiewoning. Het Hof overwoog dat art. 16, punt 1, sub a EEG-Executieverdrag van toepassing is op ‘elke overeenkomst inzake huur en verhuur van onroerend goed, ongeacht de bijzondere kenmerken van die overeenkomst’.⁵¹

⁴⁵ Zie noot 39.

⁴⁶ De desbetreffende tekst luidt: ‘Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. (...)’

⁴⁷ Zie R.J.A. Arduin, *Timesharing, Timesharing van onroerend goed vergeleken* (diss. Amsterdam VU 1999), p. 70 alsmede European Commission, Consultation Paper, Review of the Timeshare Directive (94/47/EC), p. 9 te vinden op: <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/consultation_paper010606_en.doc>.

⁴⁸ Zie noot 39.

⁴⁹ R.F.H. Mertens, ‘Wettelijke bescherming van kopers’, *BR* 1996, p. 481. Zie ook Bijzondere overeenkomsten (losbladig), commentaar op art. 7:48a BW.

⁵⁰ HvJ 15 januari 1985, 241/83, *Jur.* p. 99.

⁵¹ Cursief JJ.

Nog duidelijker over het karakter van timeshare als huurovereenkomst is het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, dat bovendien art. 7:48a BW (Nederland) in zijn overwegingen betreft:⁵²

‘4.4. Voor een huurovereenkomst is ingevolge art. 7A:1565 BW⁵³ vereist dat het genot van een zaak wordt verschaft tegen een bepaalde prijs voor een bepaalde tijd. In het onderhavige geval hebben de overeenkomsten betrekking op bepaalde units en bepaalde weken. Dat geruimd mag worden en daardoor een flexibele invulling aan het time-share recht kan worden gegeven doet aan dit uitgangspunt niet af. Ook dat het gaat om genot in deeltijd staat aan een huurovereenkomst niet in de weg; niet vereist is dat de huurder voortdurend de beschikking heeft over het genot van de zaak. Voor wat betreft de bepaalde tijd geldt voorts dat het gaat om een langdurige periode waarin een unit met intervallen ter beschikking staat van de time-share gerechtigde. Er is daarmee voldaan aan het vereiste dat de huur voor een bepaalde tijd is overeengekomen, waarbij de overeengekomen periode – 99 resp. 96 jaar – nog niet dusdanig lang is dat in wezen van eeuwigdurende huur moet worden gesproken. Voorts is aan het vereiste van de bepaalde prijs voldaan. Niet essentieel voor huur is dat de huurprijs periodiek wordt voldaan; ook betaling van een bedrag ineens – zoals in casu – is mogelijk.

4.5. Het Hof merkt nog op dat partijen (...) de overeenkomsten zelf klaarblijkelijk ook (mede) als een huurovereenkomst hebben willen beschouwen. Aan de opvatting van partijen komt echter op zichzelf geen doorslaggevende betekenis toe bij de beantwoording van de vraag of een overeenkomst, gelet op haar kenmerken, als een huurovereenkomst kan worden gekwalificeerd.

4.6. De definitie van time-share die is opgenomen in het in Nederland geldende art. 7:48a BW (welk artikel deel uitmaakt van afdeling 10A, titel 1, Boek 7 BW, strekkende tot incorporatie van de Europese Richtlijn 94/47/EG) sluit niet uit dat time-share (tevens) als huur kan worden gekwalificeerd, nog daargelaten wat de betekenis is die hier te lande aan die definitie moet worden toegekend.’

Ten slotte noem ik A-G Geelhoed, die in zijn conclusie, sub 25-30, voor het arrest Brigitte en Marcus Klein/Rhodos Management Ltd.⁵⁴ met kracht van argumenten bepleit de timeshare-overeenkomst aan te merken als een overeenkomst van huur en verhuur in de zin van art. 16, punt 1, sub a EEG-Executieverdrag. Hieraan doet niet af dat het Hof hem niet volgt, omdat het Hof, net zoals in zijn in nr. 2 genoemde uitspraak Travel Vac/Antelm Sanchis het gewicht van de verschillende elementen van de overeenkomst weegt en een geringere betekenis toekent aan het element gebruik van een onroerende zaak. Opvallend is dat het Hof, anders dan in Travel Vac/Antelm Sanchis zorgvuldig de aanduiding timeshare vermijdt. Het Hof overweegt:

52 GHvJ 27 september 2002, NJ 2004, 92.

53 Bedoeld is het BW van de Nederlandse Antillen, verder: BWNA.

54 HvJ 13 oktober 2005, NJ 2006, 285 m.nt. p. Vlas.

‘26. Gelet op een (lees: en, J) ander lijkt het verband tussen de overeenkomst van lidmaatschap van de club die in het hoofdgeding aan de orde is, enerzijds, en het onroerend goed dat daadwerkelijk door het lid kan worden gebruikt, anderzijds, niet nauw genoeg om de kwalificatie overeenkomst van huur en verhuur, pacht en verpachting in de zin van artikel 16, punt 1, sub a, Executieverdrag te rechtvaardigen. Dit artikel dient immers, zoals in punt 15 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, restrictief te worden uitgelegd.

27. Deze conclusie wordt bevestigd door de omstandigheid dat deze lidmaatschaps-overeenkomst voorziet in diensten waarvan de leden van de club onder dezelfde voorwaarden gebruik kunnen maken als de klanten van het hotel. Zoals de Commissie heeft betoogd, gaan deze extra diensten verder dan de overdracht van een gebruiksrecht, het voorwerp van de huurovereenkomst. Ook al worden de inhoud en de aard van de diensten waarover het in het hoofdgeding gaat, in de verwijzingsbeslissing niet gepreciseerd, toch moet eraan worden herinnerd dat een gemengde overeenkomst, op grond waarvan tegen een door de cliënt betaalde totaalprijs een pakket van diensten wordt verricht, buiten het gebied ligt waarin de exclusieve bevoegdheidsregel van artikel 16, punt 1, Executieverdrag zijn bestaansrecht heeft, en geen eigenlijke huur- of pachtovereenkomst in de zin van deze bepaling is (arrest van 26 februari 1992, C-280/90, Jurispr. p. I-1111, punt 15).

28. Onder deze omstandigheden dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 16, punt 1, sub a, Executieverdrag aldus moet worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op een overeenkomst van lidmaatschap van een club op grond waarvan de leden tegen betaling van een lidmaatschapsbijdrage, die het voornaamste bestanddeel van de totale prijs vormt, een recht van deeltijds gebruik van een louter naar type en ligging aangewezen onroerende goed kunnen verkrijgen, en die bepaalt dat de leden toetreden tot een organisatie, waardoor zij de mogelijkheid krijgen, hun gebruiksrecht te ruilen.’

Het Hof volgt hier dezelfde redenering als in het Sanders-arrest,⁵⁵ waarin het oordeelde dat een overeenkomst waarbij de ene partij zich ertoe verbond de exploitatie van een bloemenwinkel over te nemen en aan de andere partij een bedrag voor goodwill alsook een maandelijks rente te betalen, niet onder artikel 16, punt 1, viel, omdat de opzet van deze bepaling ‘niet geldt wanneer de overeenkomst in hoofdzaak betrekking heeft op een onderwerp van andere aard, met name op de verpachting van een handelszaak’. Een extra probleem doet zich voor bij timeshare met een (wereldwijd) ruilprogramma, omdat toepassing van de *lex rei sitae* tot gevolg heeft dat dezelfde overeenkomst steeds door een ander rechtstelsel zal worden beheerst. Wellicht dat dit element (ook) een rol heeft gespeeld bij de beslissing van het Hof in de zaak Brigitte en Marcus Klein/Rhodos Management Ltd.

Eén ding is intussen wel duidelijk geworden: reeds bij de allereerste bepaling van afdeling 10A van de eerste titel van boek 7 BW wordt de rechter door de wetgever al opgepad met een niet gering probleem: hoe überhaupt de timeshare-overeenkomst te kwalificeren en hierdoor vast te stellen door welke

55 HvJ 14 december 1977, 73/77, *Jur.* p. 2383.

– met name dwingendrechtelijke – regels hij wordt beheerst. Uit het citaat in de eerste alinea van dit nummer kan worden afgeleid, dat – ook volgens de Nederlandse wetgever – de rechter niet gehouden is de overeenkomst daadwerkelijk als een koopovereenkomst aan te merken op grond van het enkele feit dat de wetgever de overeenkomst als een koopovereenkomst aanmerkt, maar is hij vrij in zijn kwalificatie ervan. Op deze manier kan onder andere worden voorkomen dat op de bestanddelen⁵⁶ van art. 7:48a BW, voorzover hiertoe ook gerekend moeten worden *zelfstandige roerende zaken*, de dwingendrechtelijke voorschriften van de consumentenkoop – art. 7:5 BW – moeten worden toegepast. Hetzelfde geldt voor het huisraad waarmee het onderkomen is uitgerust.

In de volgende nummers duid ik gemakshalve de betrokken partijen mede aan als verkoper en koper en de prestatie als koopprijs.

4 DE GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT VOLGENS ART. 7:48A BW

De overeenkomst die niet beantwoordt aan de omschrijving van art. 7:48a BW, is niet ongeldig, maar is geen overeenkomst in zin van afdeling 7.1.10A BW. Zo'n overeenkomst is onderworpen aan het gemene recht.⁵⁷ Een van de prangende vragen is dan of en zo ja, welke reflexwerking afdeling 7.1.10A heeft op deze overeenkomst.

De verkoper die niet gehinderd wil worden door afdeling 7.1.10A BW, heeft gemakkelijk spel. Hem staan ten minste twee wegen open om dit resultaat te bereiken: hij kan de timeshare beperken tot minder dan een week òf hij kan de overeenkomst aangaan voor minder dan drie jaar, bij voorbeeld 35 maanden met stilzwijgende verlenging voor een gelijke periode.⁵⁸ In het eerste geval

56 Noch uit de richtlijn, noch uit de Toelichting op wetsvoorstel 24 449 valt af te leiden dat met bestanddelen in de zin van deze bepaling uitsluitend zijn bedoeld die, welke zijn genoemd in art. 3:4 BW.

57 In deze zin ook: Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk II, ad B sub 3.

58 Anders: A.L. Croes, die van mening is dat dit artikel een *strekking*bepaling is, waardoor ook overeenkomsten voor de duur van bij voorbeeld 35 maanden onder de regeling vallen. Deze opvatting is strijdig én met de wetstekst ('met een duur van *ten minste* drie jaren') én met de uitgangspunten van de richtlijn (de minimumlooptijd van drie jaren beoogt de stabiliteit van de markt te waarborgen en speculatie tegen te gaan) en zij wordt (dan ook) niet gedeeld door de Europese Commissie blijkens het Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk III, ad A. De beschermde categorieën overeenkomsten. De in art. 7:48a BW genoemde strekking van de bepaling raakt de *aard* en niet de duur van de rechtsverhouding. Zo zullen ook timesharerechten in de vorm van deelnemings- of lidmaatschapsrechten onder de regeling vallen.

is het wellicht ook nog mogelijk de koper *feitelijk* zeven dagen te geven door hem – onverplicht – op de dag van aankomst of van vertrek het feitelijk gebruik van de onroerende zaak toe te staan, maar deze dag formeel niet mee te rekenen. Simpler is (dan) de tweede genoemde methode: de beperking van het recht tot de duur van 35 maanden. Iure constituendum verdient het in ieder geval aanbeveling geen temporele ondergrens te stellen aan de duur van timeshare-overeenkomst of aan de duur van het verblijf. De in de richtlijn bepaalde minimale looptijd van drie jaar had tot doel de stabiliteit van de markt te waarborgen.⁵⁹ Dientengevolge wordt de richtlijnbescherming onthouden aan verkrijgers die na verkrijging van hun recht willen gaan speculeren.

Ook buiten de regeling valt het geval dat de verkoper geen professionele verkoper is. Dit zal vrijwel steeds het geval zijn wanneer een timesharegerechtigde zijn recht wil overdoen. Deze tweede koper ontbeert de bescherming van de richtlijn. Hij kan vermoedelijk nog wel terugvallen op de dwingend-rechtelijke art. 7:2 BW en 7:26 lid 4 BW. Hiertoe is echter nodig dat de rechter bereid is deze artikelen toe te passen op een timeshare-overeenkomst.⁶⁰ In dit verband zal niet zozeer twistpunt zijn dat de timeshare betrekking heeft op een voor bewoning bestemde onroerende zaak, maar of sprake is van koop. De reden om de niet-professionele verkoper uit te sluiten van de timeshareregeling is dat zo'n verkoper niet gauw gebruik zal maken van agressieve verkoopmethoden.⁶¹ Deze redenering deugt niet. In de eerste plaats laat zij de koper in de kou staan die wél te maken krijgt met een agressieve particuliere verkoper, in de tweede plaats zou de koper die weet te bewijzen dat sprake is geweest van agressieve verkooptechnieken wel de bescherming van de richtlijn deelachtig moeten worden, maar krijgt hij haar niet en, ten slotte is de richtlijn niet louter ingegeven door het verschijnsel van de agressieve verkoper. De richtlijn heeft tot doel een minimale basis van gemeenschappelijke regels inzake overeenkomsten van gebruik bij toerbeurt te creëren teneinde de goede werking van de interne markt te garanderen en de verkrijgers te beschermen waar het betreft 'de informatie over de wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst, de wijze waarop deze informatie wordt medegedeeld en de procedure en wijze van verbreking en terugtreding'.⁶² Nog minder valt in te zien waarom de tweede koper niet de dwingendrechtelijke⁶³ taalbescherming verdient die

De opvatting van Croes is te vinden in: *Privaatrecht vastgoed*, Koop, 2003, p. 25, gepubliceerd op: <<http://vm-marketingapp.digital-spirit.de/wcm/resources/file/eb4f800921006ac/Privaatrecht%20vastgoed%20koopnieuw.pdf>>.

59 COM (92)220 van 13 mei 1992.

60 De wetgever gaat zonder meer uit van toepasselijkheid van deze bepalingen, zie wetsvoorstel 24 449, nr. 6, p. 6.

61 Zie wetsvoorstel 24 449, nr. 6, p. 6.

62 Zie tweede considerans van de richtlijn.

63 Zie art. 7:48g BW.

art. 7:48b lid 3 BW biedt.⁶⁴ Het enige geval dat probleemloos aan de regeling kan worden onttrokken, is de teruggave van het recht aan de verkoper. De Europese Commissie wil echter ook de koper die zelf het initiatief heeft genomen voor het aangaan van de timeshare-overeenkomst uitsluiten van de richtlijnbescherming.⁶⁵ Reeds op praktische gronden is dit geen goed idee, omdat te verwachten valt dat in menige procedure dit verweer door de verkoper zal worden gevoerd en de feitelijke toedracht lastig zal zijn vast te stellen. Daarnaast dient principieel uitgangspunt te zijn dat iedere koper recht heeft op correcte en volledige voorlichting, op bedenktijd en op communicatie in een taal die hij verstaat. Bovendien dient de regeling in lijn te zijn met die van art. 7:2 BW en 7:26 lid 4 BW, waarin evenmin van bescherming wordt uitgesloten de koper van wie het koopinitiatief is uitgegaan.

De wet veronderstelt dat de timeshare betrekking heeft op een *vast en specifiek aangeduid* onderkomen.⁶⁶ Buiten de regeling valt derhalve de zogeheten travel discount club.⁶⁷ Deelnemers hieraan betalen een – doorgaans stevig – starttarief en krijgen hiervoor toegang tot een bookingservice en korting op vluchten, onderkomens en diensten. Deze contracten behoeven de accommodatie niet te specificeren, omdat ze recht geven op een steeds *wisselend* onderkomen waar ter wereld dit zich ook bevindt en dat voldoet aan bepaalde karakteristieken. Ook dit verschijnsel zal bij de herziening van de richtlijn moeten worden meegenomen, omdat anders de timeshareregeling reeds bij voorbaat een doodgeboren kindje zal zijn.

Ten slotte valt buiten de regeling een recht van gebruik bij toerbeurt dat door de deelgenoten zelf op de voet van art. 3:168 BW in het leven is geroepen reeds omdat hier geen sprake is van een situatie van verkoop of van een *professionele* verkoper.

64 Art. 2 Gegevensbesluit (Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden) bepaalt dat de in art. 7:48b lid 1 BW en art. 7:48f lid 1 onder b BW bedoelde akten naar keuze van de koper zijn gesteld in de taal van de staat waar hij zijn woonplaats heeft dan wel waarvan hij onderdaan is. Ook hier ontbreekt weer de sanctie op overtreding. Onder andere Spanje en Frankrijk verklaren de overeenkomst nietig.

65 Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk III, i.f.

66 Zie met name art. 1 Gegevensbesluit (Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden).

67 In deze zin ook: European Commission, Consultation Paper, Review of the Timeshare Directive (94/47/EC), p. 10 te vinden op: <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/consultation_paper010606_en.doc>

5 ANDERE MANCO'S VAN DE WETTELIJKE REGELING

Hiervóór ontmoetten we al een flink aantal zwakten van de Nederlandse regeling. Enerzijds hielden deze verband met de kwalificatie van de timeshare-overeenkomst als koopovereenkomst, anderzijds met de in art. 7:48a BW aangegeven begrenzing van deze overeenkomst en het ontbreken van wezenlijke elementen zoals het leveren van diensten aan timesharegerechtigden. In dit verband memoreer ik de in nr. 2 genoemde effectieve bescherming die art. 16 Ley 42/1998 aan de timesharegerechtigden geeft ingeval van wanprestatie door de onderneming die gehouden is de overeengekomen diensten te verrichten. Niet alleen zou deze regeling overgenomen moeten worden, maar ook zou niet-nakoming gesanctioneerd moeten worden met een boete, omdat een timesharegerechtigde slechts korte tijd kan genieten van zijn recht en niet-nakoming van de overeengekomen diensten tijdens de uitoefening van het recht zijn genot behoorlijk zal verzieken.

Er zijn evenwel nog andere gebreken te noemen. In het geval dat de timesharegerechtigde slechts een *obligatoir* gebruiksrecht heeft, wordt zijn recht bedreigd door uitwinning van de onroerende zaak door schuldeisers van de eigenaar hiervan. Met name zal deze dreiging reëel kunnen worden ingeval de onroerende zaak is gefinancierd door een hypothecaire lening. De timesharegerechtigde kan dan alleen worden beschermd tegen de gevolgen van executie, indien zijn obligatoir recht ook bindend is voor de rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de eigenaar. Dit zou effectief kunnen geschieden door het timesharerecht te steken in het gewaad van een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW, maar het is onwaarschijnlijk dat de eigenaar hieraan zal medewerken. In dat geval kan de timesharegerechtigde uitsluitend nog bescherming ontleen aan art. 7:226 BW (koop breekt geen huur), maar hiertoe is, zoals uiteengezet, nodig dat de timeshare-overeenkomst hetzij wordt gekwalificeerd als een huurovereenkomst, hetzij als een overeenkomst sui generis, maar waarop ex art. 6:215 BW de bepalingen van titel 4 van boek 7 BW worden toegepast. Het minste wat gedaan zou kunnen worden, is wettelijk voorschrijven dat de eigenaar /verkoper op straffe van vernietiging c.q. ontbinding van de overeenkomst verplicht is aan de koper mede te delen of het timesharecomplex hypothecair is gefinancierd. Merkwaardigerwijze echter omvat de informatieplicht van het Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik bij toerbeurt van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden (Gegevensbesluit rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken) dit element niet.

Omdat bij een obligatoire constructie van een recht op levering geen sprake is, kan de timesharegerechtigde wiens recht het eerst is ontstaan, zich niet op art. 3:298 BW beroepen teneinde zich te beschermen tegen de claim van een latere timesharegerechtigde voor hetzelfde onderkomen in dezelfde periode. Ook hier zou de oplossing zijn art. 7:3 BW toe te passen op de timeshare-overeenkomst, maar vermoedelijk zal de rechter niet bereid zijn deze bepaling

toe te passen, omdat geen sprake is van koop van een registergoed en de aard van de materie – inschrijving in een openbaar register – dwingt tot een restrictieve toepassing van het wetsvoorschrift. Iedere extensieve toepassing ervan levert wrijving op met art. 3:17 lid 2 BW. Mocht mijn vermoeden juist zijn, dan zou ook voor de timeshare-overeenkomst een bepaling als art. 7:3 BW moeten worden geïntroduceerd dan wel art. 3:298 BW van toepassing moeten worden verklaard.

Verder staat de timesharegerechtigde bloot aan risico's die inherent zijn aan de verwerving van een timeshare in een gebouw in aanbouw. De Spaanse wet bevat hiertoe een zeer uitgewerkte regeling, die de eigenaar verplicht hetzij tot het afgeven van een bankgarantie⁶⁸ hetzij tot het afsluiten van een verzekering die het risico van terugbetaling van de koopprijs dekt, mocht het gebouw niet (tijdig) zijn voltooid. Daarnaast bestaat voor de eigenaar de verplichting een verzekering af te sluiten, die het risico van schade aan gebouw dekt tot aan het tijdstip van de overdracht aan de gebruiker bij toerbeurt alsmede het risico van wettelijke aansprakelijkheid van de verkrijger voor schade aan de onroerende zaak en de hiertoe behorende voorzieningen tengevolge van het gebruik hiervan.⁶⁹ Noch de richtlijn, noch de Spaanse wet bevat echter een regeling, die waarborgt dat de verkoper over voldoende middelen beschikt om te voldoen aan zijn langdurige verplichting jegens de timesharegerechtigde om de overeengekomen diensten te (doen) verrichten en die strijk en zet al bij voorbaat ten volle door deze zijn betaald. Het beste zou de consument af zijn met een depot van de hiermee gemoeide som bij een trustmaatschappij, bij voorbeeld een bankinstelling. Met het oog op art. 3:84 lid 3 BW zal hiertoe een afzonderlijke wettelijke voorziening dienen te worden getroffen. Ook de creatie van een afgescheiden vermogen bij de eigenaar/verkoper stuit af op rechtspraak van de Hoge Raad.⁷⁰

Restitutie van hetgeen te veel is betaald door een timesharegerechtigde die niet langer in staat is aan zijn verplichtingen jegens de verkoper te voldoen, kan afgedwongen worden op basis van hetzij art. 6:270 BW (gedeeltelijke ontbinding)⁷¹ hetzij art. 7A:1576t BW al dan niet met toepassing van art. 6:215 BW. Beter ware echter, zoals art. 13 lid 2 Ley 42/1998 doet, expliciet te bepalen dat de timesharegerechtigde ingeval van ontbinding of wanneer de overeenkomst op enige andere grond wordt verbroken, recht heeft op restitutie van het deel van de koopprijs dat overeenkomt met de nog niet verbruikte duur van het gebruiksrecht.

⁶⁸ Art. 4 lid 2 Ley 42/1998.

⁶⁹ Art. 7 Ley 42/1998.

⁷⁰ HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 m.nt. HJS (Coöperatie Vrijgevestigde Geneeskundigen Beatrixziekenhuis BA/ProCall Factureerdiensten BV).

⁷¹ Uiteraard kan niet de tekortschietende koper ontbinden, maar wel kan hij ingeval van ontbinding door de verkoper het verweer voeren dat ontbinding slechts gedeeltelijk mogelijk is.

Met Duitsland is Nederland het enige land dat vooruitbetaling van (een deel van) de koopprijs tijdens de periode waarvoor de bedenktijd van art. 7:48c lid 1 BW geldt zonder sanctie laat, terwijl de verboden vooruitbetaling vanuit oogpunt van consumentenbescherming met het hierna te noemen aspect van de volledige en correcte informatieverschaffing het hart van de regeling raakt! Elders heeft men, terecht, stevigere maatregelen in petto voor de verkoper die deze verplichting schendt. De Spaanse wet voorziet in de nietigverklaring van de overeenkomst en verplicht in art. 11 lid 2 Ley 42/1998 de vervreemder om de verkrijger het tweevoud van hetgeen deze heeft betaald terug te betalen.

Een effectievere sanctie had ook verdiend het – wat art. 5 Europese richtlijn noemt – verbrekingsrecht van art. 7:48c lid 1, *tweede zin*, BW.⁷² Dit recht kan de verkrijger uitoefenen ingeval hem niet alle gegevens van het Gegevensbesluit⁷³ zijn verstrekt. Nu wordt de verkoper die het verstrekken van gegevens drie maanden plus tien dagen weet te rekken, beloond met een overeenkomst die niet meer is aan te tasten op de voet van afdeling 7.1.10A BW. De meest effectieve voorziening in dit opzicht heeft Oostenrijk: de terugtredingstermijn begint niet te lopen zolang gegevens die recht geven op terugtreden, in de overeenkomst ontbreken.

Daarnaast schiet de regeling tekort doordat niet haar verhouding tot het algemeen vermogensrecht wordt geregeld, hetgeen een onuitputtelijke bron voor conflicten is. Elders doet onze wetgever dit beter. Ik noem als voorbeelden art. 6:193 BW (verhouding productaansprakelijkheid en het gemene recht) en art. 7:22 lid 4 BW (verhouding consumentenkoop en het gemene recht). Gelet op het doel van de richtlijn mag worden aangenomen dat art. 7:48c BW een beroep op bij voorbeeld dwaling of bedrog niet afsnijdt. Ook zou de stelling kunnen worden verdedigd dat het achterhouden van informatie die op grond van de wet moet worden verstrekt, misbruik van omstandigheden oplevert, omdat de verkoper de totstandkoming van de overeenkomst bevordert door gebruik te maken van de – welbewust gecreëerde – onwetendheid van de koper. Dit zou een effectievere bescherming bieden dan de dwalingsregeling met haar strenge eisen aan de bescherming van de dwalende.

Regeling had ook verdiend de materie van onderhoud en reparatie. Art. 1 lid 3 Ley 42/1998, bepaalt dat voor *ieder* onderkomen ten minste zeven dagen per jaar moeten worden uitgetrokken voor reparatie, schoonmaak en andere gemeenschappelijke doeleinden. Hierdoor wordt voorkomen dat een willekeurige timeshareholder het slachtoffer wordt van de noodzaak dit soort werkzaamheden te verrichten en wordt het nadeel van het niet in gebruik kunnen geven omgeslagen over alle timesharegerechtigden. Aangenomen mag worden

72 Het in art. 7:48c lid 1, *eerste zin*, genoemd recht, wordt in art. 5 richtlijn aangeduid met: terugtredingsrecht.

73 Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden (Gegevensbesluit rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken).

dat art. 7:220 BW (dringende werkzaamheden die aan het gehuurde moeten worden verricht en de gevolgen hiervan) zo nodig door toepassing van art. 6:215 BW ook voor de timeshare-overeenkomst geldt.

Evenmin zou hebben misstaan een wettelijke regeling van: de keuze van de beheerder(s), het recht om vergaderingen bijeen te roepen en bij te wonen, het gewicht en de gevolgen van de besluiten die op zo'n vergadering worden genomen, de bijdragen aan buitengewone lasten, het treffen van sancties ingeval van uitblijven van betaling of van te late betaling. Wat betreft de vergadering zou in verband met de spreiding van de timesharegerechtigden over de aarde voorzien moeten worden in de mogelijkheid dat schriftelijk of via e-mail kan worden gestemd.

Ten slotte verdienen zeker regeling het *recht* van de koper om zijn timeshare over te dragen aan een derde zonder toestemming, medewerking of recht op provisie van de eigenaar/verkoper en de – mate van – gebondenheid aan de koopovereenkomst van de eigenaar, die een derde inschakelt om op eigen naam de timesharerechten te verkopen. Ik memoreer in dit verband art. 16 Ley 42/1998, dat de verplichtingen uit de dienstenovereenkomst in geval van wanprestatie doet overgaan op de eigenaar of de promotor.

6 HET RECHT VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT EN (MEDE)EIGENDOM

Art. 7:48a BW bepaalt dat een timeshare ook de vorm van een zakelijk recht kan hebben. Kan dit zakelijk recht ook een (mede)eigendomsrecht⁷⁴ zijn? In dit verband spelen drie in de literatuur overigens niet goed onderkende kwesties: (a) is timeshare verenigbaar met het concept van eigendom? (b) staat de wet toe dat de verkoper/eigenaar timesharerechten uitgeeft door middel van *eigendomsoverdracht* aan de koper? (c) kunnen de deelgenoten in een mede-eigendom zelf een niet-obligatoire regeling treffen krachtens welke iedere deelgenoot steeds gedurende een bepaalde periode het *exclusief* gebruik van een onroerende zaak heeft?

Een prealabele vraag is hoe de creatie van een timesharerecht zakenrechtelijk moet worden geduid. In de literatuur wordt merkwaardig genoeg deze vraag nergens expliciet besproken. Met een zekere vanzelfsprekendheid wordt het bestaan van *mede-eigendom* aangenomen,⁷⁵ hetgeen doet veronderstellen

74 Andere constructies zoals deelnemings- of lidmaatschapsrechten laat ik buiten beschouwing. Zie voor de verschillende constructies uitvoerig de in noot 12 genoemde proefschriften.

75 R.J.A. Arduin, *Timesharing, Timesharing van onroerend goed vergeleken* (diss. Amsterdam VU 1993), p. 104 e.v., *Goederenrecht* (H.J. Snijders), 2001, nr. 434, W.M. Kleyn, 'Time-sharing als mogelijkheid bij uitgifte van gebouwde projecten' in: *Privaatrechtelijke rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht 1979, p. 37 e.v., *Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW*, Invoeringswet, p. 1291, A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 1982, p. 177 e.v., en dezelfde, 'Verkoop van periode-eigendom (time-

dat de creatie van een timeshare wordt beschouwd als een overdracht van een *onverdeeld* aandeel in de eigendom.⁷⁶ Deze opvatting sluit echter niet logisch uit dat iedere timesharegerechtigde niet een *onverdeeld* aandeel in de eigendom, maar de *volle* eigendom verwerft doch slechts voor de periode en de duur van zijn exclusief gebruiksrecht. Dit betekent dat de eigenaar zijn eigendomsrecht niet alleen *fysiek* kan splitsen op de voet van art. 5:106 BW, maar, zoals volgens het Nederlands-Antilliaanse recht,⁷⁷ ook in tijdseenheden door het creëren van een reeks afzonderlijke eigendomsrechten met dien verstande dat zijn mogelijkheid zijn recht in tijdseenheden te splitsen uiteraard is uitgeput zodra de uitgegeven timeshares tezamen een vol jaar omvatten.⁷⁸ De hamvraag is echter of overdracht van een timeshare in eigendom respectievelijk mede-eigendom überhaupt mogelijk is. Deze vraag komt thans aan de orde. Aandacht verdient evenwel dat de hier opgeworpen prealabele vraag niet onlosmakelijk verbonden is met de eigendoms kwestie, immers ook indien aangenomen zou moeten worden dat timeshare en (mede)eigendom zich niet met elkaar verdragen en het alternatief derhalve een beperkt zakelijk recht is, zal de vraag moeten worden beantwoord of de gerechtigde een onverdeeld aandeel in het beperkte recht of het volledige beperkte recht (bij toerbeurt) verwerft.

Naar luid van art. 5:1 BW is eigendom het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Dit recht houdt enerzijds in de bevoegdheid rechtshandelingen te verrichten, waarbij met name gedacht moet worden aan vervreemding en bezwaring, anderzijds de bevoegdheid ten aanzien van de onroerende zaak feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten.⁷⁹ Overdracht en vervreemding van een timeshare laten zich nog wel passen in het concept van de eigendom, omdat het nemo plus-beginsel hier waakt voor aantasting van de belangen van de andere timesharegerechtigden, het probleem raakt echter met name het verrichten c.q. dulden van *feitelijke* handelingen.

sharing van onroerend goed) en consumentenbescherming: een vrijwel onontgonnen gebied', *TvC* 1991/5, p. 341.

76 Mijns inziens kunnen de timesharegerechtigden geen verdeling van deze gemeenschap vorderen. Vergelijk de in noot 27 genoemde Argentijnse regeling. In dezelfde zin: R.J.A. Arduin, *Timesharing, Timesharing van onroerend goed vergeleken* (diss. Amsterdam VU 1993), p. 104 e.v. Anders: Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW (invoeringswet), p. 1291: 'Voor een bijzondere bepaling die voor periode-eigendom de hoofdregel van artikel 3.7.1.9 lid 1 (thans art. 3:178 BW, JJ) uitsluit, bestaat vooralsnog onvoldoende reden'.

77 Zie hierna nr. 7.

78 Een andere vraag is of de eigenaar zelf, derhalve door een *eenzijdige* rechtshandeling, op een wijze vergelijkbaar met die van art. 5:106 BW reeds op voorhand zijn eigendom kan splitsen hetzij in een reeks onverdeelde aandelen, hetzij in een reeks volle eigendomsrechten bij toerbeurt. Uit art. 5:106 BW volgt dat deze mogelijkheid niet reeds afstuit op art. 3:81 lid 2, sub e (vermenging). Daarnaast rijst de vraag of in het eerste geval ook de eigenaar zelf door een eenzijdige rechtshandeling – zoals de deelgenoten door een meerzijdige rechtshandeling kunnen doen op de voet van art. 3:168 BW – een regiem kan vestigen voor een gebruiksrecht bij toerbeurt.

79 Vergelijk Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten (2002) nrs. 30-43.

Het staat de timesharegerechtigde immers niet vrij feitelijke handelingen te verrichten of toe te laten die strijdig zijn met de belangen van de andere timesharegerechtigden. Zo mag de timesharegerechtigde geen veranderingen aanbrengen aan het inwendige, dat wil zeggen aan de inrichting en in de structuur van de accommodatie of aan het huisraad. Evenmin staat het hem vrij derden toe te staan bij voorbeeld vernielingen aan de accommodatie aan te richten of hen feitelijk in staat te stellen gebruik te maken van de accommodatie buiten de periode die exclusief voor hem is gereserveerd. Deze beletselen houden alle verband met de vaststelling dat de eigendom van de timesharegerechtigde *in de tijd begrensd* is. Rechten die tijdens de duur waarvoor ze zijn uitgegeven in de tijd begrensd zijn, interfereren per definitie tijdens die duur met soortgelijke rechten die anderen ten aanzien van dezelfde zaak hebben. Het antwoord op vraag (a) is mitsdien dat eigendom en timeshare niet goed verenigbaar zijn.

Vraag (b) raakt een tweede beletsel voor de eigendom bij timeshare. Omdat uitgifte in timeshare in de praktijk altijd als een *tijdelijke* overdracht is bedoeld, rijzen in dit verband twee bezwaren.⁸⁰ Het eerste is art. 3:85 BW,⁸¹ dat tijdelijke eigendom verbiedt en het recht van rechtswege omzet in een recht van vruchtgebruik hetzij voor de verkrijger wanneer diens recht tijdelijk is (lid 1), hetzij voor de vervreemder ingeval diens recht tijdelijk is (lid 2). In het Verslag⁸² wordt de vraag opgeworpen of art. 7.1.10A.1 – thans art. 7:48a BW – afwijkt van art. 3:85 BW. Terecht antwoordt de minister⁸³ dat hiervan geen sprake is, omdat art. 7.1.10A.1 slechts ‘een omschrijving van obligatoire (koop)overeenkomsten betreffende een specifieke, aldaar omschreven categorie vermogensrechten’ bevat en dat de weergegeven onderdelen van die omschrijving niet zien op het karakter van de overdracht (onder tijdsbepaling) van zodanige vermogensrechten, maar op de duur van de koopovereenkomsten betreffende zo’n vermogensrecht. Dodelijk is echter hetgeen daarvoor in de Nota n.a.v. het verslag wordt opgemerkt:

80 Heeft de overdracht bij uitzondering een permanent karakter, dan geldt het hiervóór genoemde bezwaar van strijdigheid van timeshare met het concept van eigendom.

81 Zie uitvoerig over deze bepaling: W.J. Zwolve, *Simplex et perpetuum: beschouwingen over eigendom en tijd*, Meijersreeks MI 108, Den Haag: Boom 2006, meer in het bijzonder p. 273 e.v. Centraal thema in dit sterk rechtshistorisch en rechtsvergelijking boek is de vraag of eigendom als een niet aan tijd gebonden, derhalve eeuwig recht dient te worden beschouwd. Aan het verschijnsel timeshare wordt evenwel geen aandacht besteed, hoewel dit (volgens velen: eigendoms)recht in de tijd dubbel beperkt is: én voor de duur waarvoor het is uitgegeven én tijdens de uitoefening. Zijn stelling, t.a.p. p. 242, dat aan een tijdgebonden eigendom bij onroerende zaken geen behoefte bestaat, vindt weerlegging in het fenomeen timeshare en zij is ook niet te rijmen met zijn opvatting, t.a.p. p. 284, dat het fiduciaverbod heilloos is, immers blijkt zijn stelling, t.a.p. p. 310, dat het fiduciaverbod voortbouwt op art. 3:85 BW ziet hij fiduciaire overdrachten als *tijdelijke* overdrachten.

82 Wetsvoorstel 24 449, nr. 5, p. 1.

83 Wetsvoorstel 24 449, nr. 6, p. 1-2.

‘De uit genoemde bepalingen voortvloeiende uitsluiting van overdracht onder ontbindende termijn zou voor de koop van een recht van gebruik in deeltijd van onroerende zaken uit de aard der zaak slechts betekenis kunnen hebben, ingeval de overeenkomst strekt tot overdracht van een (zakelijk) recht en de overdracht zelf van dat recht onder ontbindende termijn geschiedt. (...) Ook zonder zodanige voorziening immers zou de regel van artikel 85 lid 1 van Boek 3 in de geschetste situatie omverkort van toepassing zijn.’

Nu uit art. 7:48a BW voortvloeit dat het recht van de timesharegerechtigde per definitie tijdelijk van aard is, hetgeen, zoals we hiervoor zagen, juist een karakteristiek is van timeshare, houdt dit in dat de vestiging van zo’n recht in de vorm van een eigendomsoverdracht afstuit op art. 3:85 BW.⁸⁴

Zelfs indien men van oordeel zou zijn, dat aan art. 3:85 BW geen bezwaar tegen een eigendomconcept van timeshare viel te ontlenen, dan vormt art. 3:84 lid 3 BW een niet te nemen barrière, omdat ingevolge deze bepaling onder andere geen geldige titel van overdracht kan zijn ‘een rechtshandeling die de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen’. Dit verbod omvat ieder geval waarin op voorhand vaststaat dat de verkrijging van een goed slechts een tijdelijke affaire is. Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten zijn dan ook terecht van mening dat timesharing valt onder het verbod van overdracht onder ontbindende tijdsbepaling.⁸⁵ Omdat een timeshare naar de bedoeling van partijen in de praktijk steeds slechts voor een *beperkte* duur wordt gevestigd, resteert slechts als alternatief een beperkt zakelijk recht.

Fundamenteel anders is de situatie bij vraag (c): kunnen de *deelgenoten zelf* bepalen dat ieders recht is beperkt tot een bepaalde tijdseenheid gedurende welke hij met uitsluiting van iedere andere deelgenoot het exclusieve gebruiksrecht van de onroerende zaak heeft. Niet de verkoper/eigenaar creëert timeshares, maar de deelgenoten zelf. Dit geval raakt de vraag van de grenzen die aan een *regeling van de gemeenschap* kunnen worden gesteld. Voorzover dit exclusieve recht bij toerbeurt berust op een daartoe door de deelgenoten gesloten *obligatoire* overeenkomst, bestaat hiertegen uiteraard geen bezwaar. Rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de timesharegerechtigden zijn aan zo’n overeenkomst te binden via een kettingbeding en waarschijnlijk ook door middel van een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW. De verplichting om te dulden of niet-doen, die op alle andere deelgenoten als rechthebbenden van (hun onverdeeld aandeel in) het registergoed drukt, zou dan inhouden de verplichting om het *exclusief* gebruiksrecht van één hunner

84 De schakelbepaling art. 3:98 BW leidt bij art. 3:85 BW tot absurde gevolgen, omdat hierdoor ook ieder beperkt recht van rechtswege wordt omgezet in een recht van vruchtgebruik van dat beperkte recht, immers voor ieder beperkt recht is karakteristiek dat het slechts voor een beperkte duur wordt gevestigd m.u.v. de eeuwigdurende erfpacht. Maar dit recht roept weer problemen op met de verhouding tot het moederrecht, de (bloot) eigendom!

85 Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten (2002), nr. 20 i.f.

in de desbetreffende periode te dulden. Een derde mogelijkheid zou zijn gelegen in art. 3:168 lid 1 BW, dat bepaalt dat de deelgenoten het genot, gebruik en het beheer van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst kunnen regelen. Lid 4 bepaalt dat zo'n regeling ook bindend is voor de rechtverkrijgenden van een deelgenoot.

Niet valt in te zien waarom deelgenoten bij een regeling op de voet van art. 3:168 BW niet ieders gebruiksrecht in de tijd zouden kunnen beperken. Uit geen enkele bepaling van de titel Gemeenschap blijkt dat dwingendrechtelijk het *genot* slechts een *gezamenlijke* affaire kan zijn. Integendeel, uit art. 3:170 lid 3 BW blijkt dat dit uitsluitend geldt voor beschikkingshandelingen. Het *eigendomsrecht* is en blijft derhalve gemeenschappelijk, het *gebruiksrecht* van iedere deelgenoot is echter exclusief en in de tijd begrensd. Voor deze conclusie bestaat des te meer rechtvaardiging, omdat elders de wet zelf uitgaat van een beperking van de bevoegdheid van een deelgenoot die veel verder gaat dan de hier bedoelde. Zo is in een huwelijksgemeenschap de echtgenoot van wiens zijde een bepaald goed niet in de gemeenschap is gevallen weliswaar mederechthebbende hiervan, maar heeft hij geen enkele zeggenschap over dit goed, noch waar het betreft de bevoegdheid tot vervreemden en bezwaren, noch waar het betreft het verrichten en toelaten van feitelijke handelingen ten aanzien van dit goed, zie de art. 1:97 jo. 1:90 BW. Een veel minder vergaande beperking zoals die van een exclusief en in de tijd begrensd gebruiksrecht, moet dan zeker mogelijk zijn. De tegenwerping dat het bij de huwelijksgemeenschap gaat om een van het normaaltype afwijkende uitzondering, waarvoor een expliciete wettelijke regeling nodig was, snijdt geen hout, omdat art. 3:168 BW voldoende wettelijke basis biedt voor een regeling van eigendom bij toerbeurt.

Ik memoreer dat art. 1 lid 4 Ley 42/1998 het gebruik verbiedt van de begrippen: eigendom, mede-eigendom en onverdeeld aandeel in de eigendom, zelfs in reclamemateriaal.

De conclusie is dat overdracht van timeshare in ongedeelde eigendom bij toerbeurt niet mogelijk is want strijdig met het concept van eigendom, ongeacht of de overdracht tijdelijk of permanent is. Overdracht van timeshare in mede-eigendom is slechts mogelijk indien de overdracht naar de bedoeling van partijen niet tijdelijk is, maar dit geval doet zich in de praktijk niet voor. Een en ander heeft tot gevolg dat timeshare slechts in de vorm van een beperkt recht kan worden gevestigd. Dit beperkt recht kan hetzij een onverdeeld aandeel in een gemeenschap vormen, hetzij een reeks beperkte rechten bij toerbeurt. Wel mogelijk is dat de mede-eigenaren zelf op de voet van art. 3:168 BW een timeshareregime creëren.

7 DE REGELING VAN HET RECHT VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT IN DE NEDERLANDSE ANTILLEN

De Nederlandse Antillen hebben in 2005 het Burgerlijk Wetboek gewijzigd⁸⁶ en hebben voor een belangrijk deel de Nederlandse afdeling 7.1.10A overgenomen. Zakenrechtelijk zijn ze evenwel hun eigen weg gegaan.

De desbetreffende artikelen van Boek 7 BWNA komen tekstueel voor een belangrijk deel overeen met de corresponderende bepalingen van afdeling 7.1.10A BW. Ook de nummering is identiek. De opvallendste verschillen zijn:

- a) Het ontbreken van art. 7:48a lid 4 BW (richtlijndefinitie) en 7:48g lid 2 BW (richtlijnbescherming).
- b) Art. 7:48f BW (informatieplicht⁸⁷ jegens de koper) is niet overgenomen.
- c) Geen verbod van vooruitbetaling van de koopprijs tijdens de bedenktijd van art. 7:48c lid 1 BWNA. De verkoper behoeft slechts zekerheid te stellen voor de terugbetaling (art. 7:48d BWNA).
- d) In geval van ontbinding op de voet van art. 7:48c lid 1 BWNA is de koper maximaal 3% van de koopprijs als vergoeding verschuldigd, art. 7:48c lid 3 BWNA.
- e) Kortere termijnen. Zo heeft de koper maar vijf dagen bedenktijd, welke termijn slechts met ten hoogste één maand wordt verlengd ingeval van ontbreken van gegevens die de verkoper op de voet van art. 7:48b BWNA aan de koper moet verschaffen, art. 7:48c lid 1 BWNA.
- f) Geen taalbescherming (art. 7:48b lid 3 BW).

Een ander opvallend verschil is dat de wetgever van de Nederlandse Antillen de timeshare ook zakenrechtelijk heeft geregeld. Dit is gebeurd door aan art. 5:106 BWNA – overeenkomend met art. 5:106 BW – toe te voegen: ‘en deeltijd-appartementsrechten’ waardoor ook splitsing van het recht van eigendom, erfpacht en opstal in appartementsrechten bij toerbeurt mogelijk is.

Onduidelijk is of bij deze opzet een *ongesplitst* eigendomsrecht⁸⁸ zich leent voor overdracht bij toerbeurt, met andere woorden kan zonder de tussenschakel van een splitsing in appartementsrechten de eigendom in tijdseenheden worden opgedeeld? De wettelijke aanwijzingen voor deze mogelijkheid zijn tegenstrijdig. Enerzijds volgt uit art. 5:106 BWNA, dat het eigendomsrecht zich niet hiertegen verzet, immers als eigendom wel via splitsing in appartementsrechten zich leent voor een zakenrechtelijk gebruik bij toerbeurt, dan zou hetzelfde moeten gelden voor ongesplitste eigendom. Tegen deze opvatting

86 Publicatieblad A° 2005 n° 58, Landsverordening van de 27^{ste} april 2005 tot wijziging van de Boeken 5 en 7 van het Burgerlijk Wetboek (Landsverordening regeling gebruik in deeltijd van onroerende zaken en aanpassing appartementsrecht).

87 Wel te onderscheiden van de informatieverplichting van art. 7:48c lid 1 BWNA.

88 M.m. geldt hetzelfde voor een recht van erfpacht of opstal, zie art. 5:106 BWNA.

pleit evenwel dat de Nederlands-Antilliaanse wetgever het nodig heeft gevonden art. 5:106 BWNA te wijzigen hetgeen er op duidt, dat de wetgever kennelijk van oordeel was dat met het bestaande vermogensrechtelijke arsenaal het realiseren van een zakelijk recht van timeshare niet goed mogelijk was. Ook het feit dat de Nederlandse Antillen art. 5:1 BW zonder enige restrictie hebben overgenomen, versterkt deze conclusie, omdat, zoals uiteengezet in nr. 6, timeshare zich niet goed verdraagt met het concept van eigendom. In ieder geval zijn *geen* beletsels voor een overdracht de titelbeperkingen van art. 3:84 lid 3 BW, omdat in het BWNA art. 3:84 lid 3 BW niet is overgenomen, waardoor de *tijdelijke* eigendomsoverdracht bij toerbeurt in ieder geval niet op *deze*⁸⁹ grond ongeldig is. Anderzijds hebben de Nederlandse Antillen weer wel art. 3:85 BW overgenomen, welke bepaling, zoals gezegd, tijdelijke eigendom onmogelijk maakt en *van rechtswege(!)* converteert in een recht van vruchtgebruik. Kennelijk heeft de Nederlands-Antilliaanse wetgever zich de samenhang van deze bepaling en art. 3:84 lid 3 BW niet gerealiseerd.

De conclusie is dat uitgifte van een timesharerecht in (mede)eigendom een onzekere aangelegenheid is ongeacht of partijen een tijdelijke of permanente overdracht beogen.

8 EPILOOG

In deze bijdrage is de Nederlandse timeshareregeling doorgelicht mede vanuit verschillende internationaal-rechtelijke perspectieven: de Europese richtlijn en de evaluatie hiervan, het Spaanse en het Nederlands-Antilliaanse recht met uitstapjes naar andere buitenlandse rechtssystemen alsmede vanuit het perspectief van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba.

De bevindingen zijn ontnuchterend: de wettelijke definitie van timeshare is hoogst gebrekkig, zijn typering als koopovereenkomst is een miskennis van zijn aard voorzover het betreft het *persoonlijk* recht van gebruik bij toerbeurt, effectieve sancties ontbreken, de wet regelt meer niet dan wel en wat wél is geregeld, roept zoveel twijfel en vragen op dat dit product van wetgeving bezwaarlijk kan worden beschouwd als een bijdrage aan de nagestreefde ontlasting van de rechterlijke macht. Voorts maakt de huidige wettelijke regeling aan het immoreel handelen van verkopers van timeshares, dat juist aanleiding was voor ingrijpen van de wetgever, geen einde, omdat zij op kinderachtig eenvoudige wijze is te ontduiken, hierdoor aan de rechter de taak endosserend de problemen op te lossen en, last but not least, heeft de wetgever verzuimd de zakenrechtelijke variant van het gebruiksrecht bij toerbeurt te regelen. Tenzij het recht op de voet van art. 3:168 BW door de

⁸⁹ Sc. de rechtshandeling die de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen.

mede-eigenaren zelf in het leven is geroepen, kan het zakelijk recht van gebruik bij toerbeurt slechts een beperkt recht zijn, omdat een timeshare naar de bedoeling van partijen in de praktijk altijd voor een *beperkte* duur wordt gevestigd en in dat geval de art. 3:84 lid 3 en 3:85 BW evenals het concept van eigendom onoverkomelijke obstakels zijn voor (mede)eigendom.

Indien de voortekenen echter niet bedriegen, krijgt de wetgever een herkansing in het kader van de evaluatie van richtlijn 94/47/EG door de Europese Commissie. Hij zou er dan verstandig aan doen zich meer internationaal te oriënteren en een solide en bij voorkeur alles omvattende regeling van timeshare te treffen. Hierbij gaat de voorkeur uit naar een ruime definitie van timeshare zonder ondergrens aan de duur waarvoor het recht in het leven wordt geroepen, zonder minimum verblijfsduur en ook zonder koppeling aan een *vast* en *specifiek aangeduid* onderkomen. Voor de zakenrechtelijke variant dient een recht van vruchtgebruik bij toerbeurt te worden gecreëerd. Het appartementsrecht schiet als fundament tekort omdat niet iedere onroerende zaak beantwoordt aan art. 5:106 lid 4 BW. Voor een recht van gebruik bij toerbeurt dat door de deelgenoten zelf is gecreëerd, worde bepaald dat art. 3:178 BW niet van toepassing is.

4 | Het transparantiebeginsel in het voortraject van een overheidsopdracht

B. Brokkaar & J.M. Hebly[■]

1 INLEIDING

Een aanbesteding wordt wel omschreven als ‘de al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten’.¹ Het aanbestedingsrecht is een rechtsgebied dat sterk in beweging is. Op 31 maart 2004 is de nieuwe algemene richtlijn voor werken, leveringen en diensten (hierna: de Algemene richtlijn)² van kracht geworden. Deze richtlijn vervangt de eerdere aanbestedingsrichtlijnen.³ De Algemene richtlijn is omgezet in Nederlands recht in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao). Het Bao is op 1 december 2005 van kracht geworden. Op die datum is tevens de nieuwe richtlijn nutssectoren⁴ door middel van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) in werking getreden. De richtlijn nutssectoren en het Bass blijven in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

Als een overheidsopdracht onder de werking van de Algemene richtlijn (Bao) valt, is het uitgangspunt dat deze opdracht ‘Europees’ moet worden aanbesteed. Het feit dat een overheidsopdracht buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) valt of op grond daarvan niet aanbestedingsplichtig is, betekent evenwel niet zonder meer dat voor die opdracht geen verplichtingen gelden. De gemoederen in de aanbestedingspraktijk worden momenteel bezig gehouden door het streven van de Europese Commissie om door middel van een extensieve uitleg van enkele bepalingen uit het EG-verdrag en daarvan afgeleide beginselen zoals het gelijkheids- en transparantiebeginsel

■ B. Brokkaar is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam. J.M. Hebly is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam en bijzonder hoogleraar Bouwrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Onder diensten dienen in dit verband tevens werken te worden verstaan, zie ook E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 1, onder verwijzing naar art. 1 van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten.

2 Richtlijn 2004/18/EG, *PbEG* L134/114 van 31 maart 2004.

3 Richtlijn 93/37/EEG (Richtlijn werken), *PbEG* L-199 van 9 augustus 1993, p. 54-83; Richtlijn 93/36/EEG (Richtlijn leveringen), *PbEG* L-199 van 9 augustus 1993, p. 1-53; Richtlijn 92/50/EEG (Richtlijn diensten), *PbEG* L-209 van 24 juli 1992, p. 1-24.

4 Richtlijn 2004/17/EG, *PbEG* L 134/1 van 31 maart 2004.

een algemene publicatieplicht voor overheden aan te nemen, ook in geval overheidsopdrachten expliciet van de toepassing van de Algemene richtlijn (Bao) zijn uitgezonderd.⁵ De Europese Commissie baseert zich daarbij op een aantal uitspraken van het Hof van Justitie EG (hierna: HvJ-EG). Op Europees, maar ook op nationaal niveau heeft zich terzake een aantal noemenswaardige ontwikkelingen voorgedaan. In deze bijdrage wordt ingegaan op de recente ontwikkelingen ten aanzien van de vraag in hoeverre overheidsopdrachten buiten de richtlijn door middel van voorafgaande publicatie voor mededinging moeten worden opengesteld.

2 TOEPASSINGSBEREIK ALGEMENE RICHTLIJN (BAO)

Overheidsorganen van de lidstaten zijn voor wat betreft hun handelen, dus ook bij het plaatsen van opdrachten, onderworpen aan de basisbepalingen van het EG-verdrag.⁶ De belangrijkste bepalingen voor het aanbestedingsrecht zijn die met betrekking tot het vrij verkeer, zoals art. 28, 43 en 49 en de daaruit voortvloeiende beginselen van non-discriminatie en transparantie. Deze bepalingen vormen uitwerkingen van het in art. 12 EG-verdrag neergelegde algemene verbod van discriminatie naar nationaliteit.⁷

De Algemene richtlijn is gebaseerd op voornoemde verdragsbepalingen en vormt daarvan een uitwerking. In overweging 2 van de richtlijn is dit met zoveel woorden opgenomen. Daarin is bepaald dat bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de Staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen, de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd moeten worden. Blijkens de strekking van de considerans geldt dat voor alle overheidsopdrachten. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde – zo blijkt uit de considerans – hebben die beginselen geresulteerd in de regels van de Algemene richtlijn (welke verdragsconform moeten worden uitgelegd). In art. 2 van de Algemene richtlijn (Bao) is vervolgens bepaald dat een aanbestedende dienst transparant dient te handelen en ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dient te bejegenen.

Uit hoofde van de Algemene richtlijn (Bao) bestaat (kort gezegd) een aanbestedingsplicht als sprake is van een overheidsopdracht. Onder 'overheidsopdracht' wordt verstaan een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten, die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten

5 Zie bijvoorbeeld C. Judmaier, 'Het Europese aanbestedingsrecht is altijd van toepassing', *Tender Nieuwsbrief* 2003, nr. 7, p. 4-5.

6 Waarover S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet & Maxwell 2005, p. 181 e.v. en Pijnacker Hordijk 2004, p. 12.

7 Zie Arrowsmith 2005, p. 218.

of het verlenen van diensten in de zin van de Algemene richtlijn (Bao).⁸ Wat onder aanbestedende dienst moet worden verstaan is eveneens omschreven in de Algemene richtlijn en het Bao. Als aanbestedende diensten moeten in ieder geval worden aangemerkt de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen, publiekrechtelijke instellingen of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.⁹ Bijlage III bij de Algemene richtlijn bevat een lijst van publiekrechtelijke instellingen. Deze lijst heeft slechts indicatieve waarde en is niet uitputtend. De lijst is om die reden niet opgenomen als bijlage bij het Bao, maar te vinden op de aanbestedingsite van het ministerie van Economische Zaken.¹⁰ De lijst zal gelet op het bepaalde in art. 1 lid 9 Algemene richtlijn regelmatig worden aangepast.¹¹

De Algemene richtlijn (Bao) is slechts van toepassing als sprake is van een overheidsopdracht onder bezwarende titel en de geraamde waarde van de opdracht boven het toepasselijke drempelbedrag van art. 7 Algemene richtlijn (Bao) uitkomt. Een groot aantal opdrachten valt verder – ongeacht de waarde – (al dan niet gedeeltelijk) buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) of is op grond daarvan niet aanbestedingsplichtig. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om opdrachten die onder de relevante drempelwaarde blijven, dienstenconcessies en zogenaamde 2B-diensten (gedeeltelijke toepassing). De Algemene richtlijn (Bao)¹² kent tenslotte nog een groot aantal van de aanbestedingsplicht uitgezonderde andere opdrachten, zoals opdrachten voor diensten op basis van een uitsluitend recht¹³ of betreffende de verwerving van onroerende zaken.¹⁴ Voor opdrachten die buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn respectievelijk het Bao vallen, blijven de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer en de beginselen van aanbestedingsrecht van belang.

3 TRANSPARANTIEPLICHT OP EUROPEES NIVEAU

Op Europees niveau bestaat – anders dan de reeds aangehaalde overweging 2 bij de Algemene richtlijn – geen regelgeving waaraan een antwoord op de vraag kan worden ontleend, in hoeverre overheidsopdrachten buiten de richtlijn aan mededinging moeten worden blootgesteld. Het HvJ-EG heeft zich de afgelopen jaren evenwel een aantal keer gebogen over de vraag of een publicatieplicht geldt voor overheidsopdrachten die (geheel of gedeeltelijk) uitdrukkelijk van de toepassing van de Algemene richtlijn (Bao) zijn uitgezonderd.

⁸ Zie art. 1 lid 2 onder a Algemene richtlijn respectievelijk art. 1 sub h tot en met k Bao.

⁹ Zie art. 1 lid 9 Algemene richtlijn respectievelijk art. 1 sub r Bao.

¹⁰ Zie <www.europeseaanbestedingsrichtlijnen.nl>.

¹¹ Zie de Nota van Toelichting bij het Bao, *Stb.* 2005, 408, p. 56.

¹² Art. 12 e.v. Algemene richtlijn respectievelijk art. 10 e.v. Bao.

¹³ Art. 18 Algemene richtlijn respectievelijk art. 17 Bao.

¹⁴ Art. 16 Algemene richtlijn respectievelijk art. 15 Bao.

Telaustria

In de Telaustria-zaak¹⁵ diende het HvJ-EG een antwoord te geven op prejudiciële vragen van de Oostenrijkse rechter naar aanleiding van een geschil over de aanbesteding van een concessie voor het drukken en verspreiden van telefoonboeken. De zaak betrof een concessie voor diensten. Het HvJ-EG overwoog dat de opdracht van de werking van de (ten deze toepasselijke) richtlijn nutssectoren was uitgesloten, gelet op het feit dat de tegenprestatie niet bestond uit geld maar uit de verkrijging van het recht om de prestatie te exploiteren. Verder overwoog het HvJ-EG dat – alhoewel dergelijke concessieovereenkomsten uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de richtlijn nutssectoren waren uitgesloten – aanbestedende diensten bij het sluiten van dergelijke overeenkomsten de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht dienden te nemen. Het HvJ-EG had in de Unitron-zaak¹⁶ reeds vastgesteld dat dit verbod onder meer een verplichting tot transparantie met zich brengt, zodat kan worden vastgesteld of het non-discriminatiebeginsel wordt nageleefd. Het HvJ-EG vervolgt dan in de Telaustria-zaak dat deze verplichting tot transparantie inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.¹⁷

Coname

Het Coname-arrest¹⁸ geeft nader inzicht in de transparantieplichting die voortvloeit uit het EG-verdrag. De Coname-zaak betrof de situatie waarin een Italiaanse gemeente de opdracht (concessie) voor het beheer en onderhoud van een gasdistributienetwerk zonder voorafgaande aanbesteding aan een gelieerde onderneming had verstrekt. Coname stelde dat deze dienst had moeten worden toegewezen via een aanbestedingsprocedure.

Het HvJ-EG stelt in de eerste plaats vast dat de concessie niet onder de werking van de (voormalige) Richtlijn diensten valt. Daarom moet het handelen van de gemeente worden onderzocht op basis van de artikelen 43 en 49 EG-verdrag. Het HvJ-EG overweegt daarop dat de toewijzing van de concessie aan een onderneming in de lidstaat van de aanbestedende dienst zonder enige mate van transparantie, een ongelijke behandeling in het nadeel van een onderneming in een andere lidstaat kan opleveren, aangezien ook een onderneming in een andere lidstaat in de concessie geïnteresseerd kan zijn. Doordat transparantie heeft ontbroken, heeft laatstgenoemde onderneming geen reële mogelijkheid gehad om haar interesse voor deze concessie te tonen. Een

15 Zie HvJ-EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria), *Jur.* 2000, p. I-10745.

16 Zie HvJ-EG, 18 november 1999, C-275/98 (Unitron), *Jur.* 1999, p. I-8291.

17 Zie HvJ-EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria), *Jur.* 2000, p. I-10745, r.o. 60-62.

18 Zie HvJ-EG 21 juli 2005, C-231/03 (Co.Na.Me), *Jur.* 2005, p. I- 07287.

dergelijke ongelijke behandeling, die – doordat alle in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen worden uitgesloten – voornamelijk in het nadeel van deze laatste ondernemingen is, is behoudens objectieve rechtvaardiging een door de artikelen 43 en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.

Uit de Coname-zaak blijkt niet dat de transparantieplichting noopt tot het volgen van een aanbestedingsprocedure; er geldt slechts een publicatieverplichting. Dit onderscheid zal in de praktijk evenwel beperkt zijn. Indien aan een publicatieverplichting gevolg wordt gegeven en zich naar aanleiding daarvan gegadigden melden, is immers sprake van een aanbestedingssituatie (vergelijk de in paragraaf 1 gegeven definitie).

Parking Brixen

In de zaak *Parking Brixen*¹⁹ oordeelt het HvJ-EG met betrekking tot de toewijzing van een dienstenconcessie – die buiten de werkingssfeer van de Algemene richtlijn en de (voormalige) Richtlijn diensten valt – in overeenstemming met het *Telaustria*-arrest dat de op een overheidsinstantie rustende transparantieplichting inhoudt, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst.

Indien een opdracht buiten het toepassingsbereik valt van de Algemene richtlijn (Bao), kan aldus ingevolge de hiervoor besproken Europese jurisprudentie op grond van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer en de daarvan afgeleide beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie een transparantieplichting bestaan voor overheidsopdrachten.²⁰ Het transparantiebeginsel kan dus ook in het voortraject van de gunning van een overheidsopdracht verplichtingen scheppen.

Standpunt Europese Commissie

De afgelopen jaren heeft de Europese Commissie het standpunt ingenomen dat op grond van het Europese aanbestedingsrecht – dat naast de richtlijnen bestaat uit bepalingen van primair recht vervat in het EG-verdrag – voor alle voorgenomen overheidsopdrachten een publicatieplicht bestaat, dus ook voor overheidsopdrachten die niet onder het toepassingsbereik van de richtlijnen vallen. In dat verband kan onder meer worden verwezen naar het Groenboek

¹⁹ Zie HvJ-EG 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), *Jur.* 2005, p. I-08612.

²⁰ Zie voor wat betreft opdrachten beneden de drempelwaarde HvJ-EG, 3 december 2001, C-9/00 (*Vestergaard*), *Jur.* 2001 p. I-9505. Met verwijzing naar de *Telaustria*-zaak overweegt het HvJ-EG dat aanbestedende diensten óók bij opdrachten die van het toepassingsbereik van de richtlijnen zijn uitgesloten de fundamentele regels van het Verdrag in acht moeten nemen. Een publicatieverplichting is in dit arrest niet aan de orde.

PPS.²¹ Daarin heeft de Europese Commissie de positie ingenomen dat de beginselen van transparantie, gelijke behandeling, proportionaliteit en wederzijdse erkenning eveneens van toepassing zijn op andere handelingen van de overheid waarbij een economische prestatie aan een derde wordt toevertrouwd. Als voorbeelden worden genoemd overheidsopdrachten met een waarde beneden de toepasselijke drempelwaarde, 2B-diensten en concessieovereenkomsten.

De Europese Commissie heeft haar standpunt eveneens neergelegd in een aantal door haar aanhangig gemaakte inbreukprocedures, waarin de betrokken lidstaten wordt verweten dat zij de verdragsbeginselen (en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel) niet hebben nageleefd.²² Genoemd kunnen worden de zaak Hoogezand Sappemeer (zaaknummer van de Commissie 2000/4318) over het gunnen van werken onder de drempelwaarde zonder concurrentie, de zaak C-195/04 (Europese Commissie/Finland) over de aankoop van de uitrusting voor een industriële keuken onder de drempelwaarde en de zaak C-532/03 (Europese Commissie/Ierland; An Post) over de toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht op IB-diensten (thans 2B-diensten).

Recentelijk heeft de Europese Commissie haar standpunt samengevat in een interpretatieve mededeling over het toepasselijke gemeenschapsrecht op overheidsopdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder het toepassingsbereik van de richtlijnen vallen.²³ De Europese Commissie beoogt met de mededeling haar visie te verduidelijken ten aanzien van de verplichtingen die voortvloeien uit het EG-verdrag en de hiervoor genoemde rechtspraak. De uit deze regels en beginselen afgeleide transparantieplichting (en de daaruit voortvloeiende publicatieplichting) geldt volgens de Europese Commissie in ieder geval voor de verlening van dienstenconcessies, opdrachten beneden de drempelwaarde en 2B-diensten.²⁴ Zij geldt echter niet voor de specifieke uitzonderingssituaties waarin de Algemene richtlijn (Bao) voorziet, zoals bij dwingende spoed en het geval dat een opdracht om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan één bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd.²⁵ Opmerkelijk is dat de Europese

21 Zie noot 34 in het Groenboek over PPS en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, 30 april 2004, COM(2004)327 def.

22 Zie voor een overzicht van de inbreukprocedures in 2004, J. Hebly, E. Palm en L. Kröner-van Rappard, 'Overzicht inbreukprocedures Aanbesteding 2004', *Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht*, 2006, p. 64-72.

23 Interpretatieve Mededeling van de Commissie over Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van overheidsopdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 1 augustus 2006, *PbEU* C179/2.

24 Zie p. 3 van de mededeling.

25 Zie p. 5 van de mededeling. Vergelijk de situaties genoemd in art. 31 Algemene richtlijn (Bao).

Commissie in haar ontwerp-versie voor deze interpretatieve mededeling²⁶ – met inachtneming van dezelfde uitzonderingen als zojuist genoemd – nog stelde dat de transparantieplichting zou gelden voor alle situaties van overheidsopdrachten buiten het toepassingsbereik van de richtlijnen.²⁷

In verschillende inbreukprocedures voeren diverse lidstaten verweer tegen de interpretatie van het transparantiebeginsel door de Europese Commissie. Nederland heeft bijvoorbeeld in een aantal inbreukprocedures geïntervenieerd ten gunste van de lidstaten die door de Commissie werden aangeklaagd voor niet-naleving van de transparantieplichting bij gunning van opdrachten buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao).²⁸ Verder hebben Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk forse kritiek geuit op de ontwerp-mededeling van de Europese Commissie van oktober 2005.²⁹ Volgens die lidstaten heeft de toepasselijkheid van het non-discriminatiebeginsel op opdrachten onder de drempelwaarde niet tot gevolg dat het HvJ-EG alle opdrachten die niet tevoren adequaat zijn gepubliceerd op voorhand zou moeten aanmerken als een discriminatoire handeling van (een autoriteit van) een lidstaat. De betreffende landen constateren met zorg de tendens dat het HvJ-EG op basis van de verdragsbeginselen steeds verdergaande eisen stelt aan het vergeven van opdrachten die niet onder de werking van de Algemene richtlijn vallen. Deze landen verwerpen de poging van de Europese Commissie om een nieuw aanbestedingsregime te introduceren voor overheidsopdrachten die niet onder de werking van de Algemene richtlijn vallen, omdat dat zou leiden tot onnodig hoge administratieve lasten voor opdrachten zonder duidelijk belang voor

26 Zie de website <www.dstgb-vis.de>, European Commission, Commission Interpretative Communication on Community law applicable to contract awards not or only partially covered by the public procurement directives, CC/2005/11 EN, Brussels, 11 October 2005 (draft).

27 Vergelijk de tekst van de ontwerp mededeling (p. 5): 'Through these rulings, the Court has developed a set of basic standards for the award of contracts which are derived from the rules and principles of the EC-Treaty and therefore have the status of primary law. These standards apply in principle to all situations falling within the scope of the fundamental freedoms of the EC-Treaty where an entity belonging to or acting on behalf of a Member State awards a contract which is not covered by the detailed rules of the Directives on public procurement.' en de tekst van de definitieve mededeling, Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23 June 2006, <<http://ec.europa.eu/internalmarket/publicprocurement/key-docs.htm>>, (p. 3): 'These standards apply to the award of services concessions, to contracts below the thresholds and to contracts for services listed in Annex II B to Directive 2004/18/EC and in Annex XVII B to Directive 2004/17/EC in respect of issues not dealt with by these Directives.'

28 Aldus G.W.A. van de Meent, 'Een eerste kennismaking met de nieuwe aanbestedingswet', *Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht* 2006, p. 163.

29 Position of Austria France and Germany on the draft communication of the European Commission on the Community law applicable to contract awards not or only partially covered by the public procurement Directives (document CC/2005/11 EN of 11 October 2005), met name alinea 2 en 4. Zie <www.nima.no/forbund/nok/frontpage/1147341763.doc>.

de interne markt. De landen doen een oproep aan de Europese Commissie om de ontwerp-mededeling in te trekken.

Tenslotte is ook in de literatuur veel kritiek geuit met betrekking tot de uitleg van het transparantiebeginsel door de Europese Commissie.³⁰ De daarmee geschapen rechtsonzekerheid heeft onder meer betrekking op de vraag hoever de publicatieplicht zich uitstrekt, bijvoorbeeld voor welk soort opdrachten een publicatieplicht geldt danwel vanaf welke waarde. De hiervoor besproken uitspraken van het HvJ-EG hebben immers enkel betrekking op de toewijzing van dienstenconcessies met (naar het zich laat aanzien) een waarde boven de drempelwaarde. Ons is geen rechtspraak bekend met betrekking tot de concrete vraag of en zo ja in hoeverre een publicatieverplichting zich ook uitstrekt over andere uitgezonderde opdrachten, zoals opdrachten beneden de drempelwaarde of 2B-diensten. Verder kan in het Coname-arrest een uitzondering worden gelezen op de transparantieverplichting, te weten in geval van bijzondere omstandigheden zoals een zeer geringe economische waarde van een opdracht.³¹

De overwegingen van het HvJ-EG in de hiervoor besproken arresten zijn echter algemeen geformuleerd en lijken niet specifiek toegeschreven op de omstandigheid dat in die arresten sprake was van toewijzing van een dienstenconcessie van substantiële waarde. Op basis van de genoemde jurisprudentie valt derhalve niet uit te sluiten dat een transparantieverplichting ook kan gelden voor andere categorieën van uitgezonderde opdrachten.³²

Wij achten het evenwel onjuist om op basis van de thans beschikbare regelgeving en jurisprudentie een publicatieplicht aan te nemen voor alle overheidsopdrachten die buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) vallen. De Europese Commissie lijkt dat standpunt thans in essentie te delen door de werking van haar interpretatieve mededeling te beperken tot concessieovereenkomsten, opdrachten beneden de drempelwaarde en 2B-diensten, en in haar interpretatieve mededeling uitdrukkelijk ruimte

30 Zie in dit verband onder meer: p. Braun, 'A matter of principle(s) – The Treatment of Contracts Falling outside the scope of the European Public Procurement Directives', *P.P.L.R.* (2000) 9, nr. 1, p. 39 e.v.; E.H. Pijnacker Hordijk en M. Meulenbelt, 'A Bridge Too Far', *P.P.L.R.* (2005) 14, nr. 3, p. 123 e.v.; M.O. Meulenbelt, 'Alles aanbesteden', in: D.L.M.Th. Dankers-Hagenaars en P.A.W. Piepers (red.), *Aan Wil besteed*, Deventer: Kluwer 2003, p. 57 e.v.; E.J. Stalenberg, 'De zaak Co.na.me. Voorlopig eindpunt in een campagne van de Europese Commissie met als doelstelling: meer aanbesteden', *BR* 2005, p. 882 e.v.; T. Straatman, 'De publicatieplicht uit hoofde van het EG Verdrag: het Coname-arrest', *VGR* 2005-4, p. 106 e.v.

31 Zie Coname, r.o. 20 e.v., waarover M. Straatman, F.G. Wilman en H.J. Albers, 'Nogmaals Co.Na.Me', *BR* 2006, p. 28. De Europese Commissie kondigde in haar ontwerp interpretatieve mededeling van oktober 2005 aan dat zij in beginsel geen procedure zal starten voor opdrachten waarvan de waarde niet groter is dan 10 procent van de toepasselijke drempelwaarde; in de definitieve mededeling is deze ondergrens evenwel vervallen.

32 Zie in vergelijkbare zin T. Straatman 2005, p. 109.

te laten voor situaties waarin aanbestedende diensten een overheidsopdracht verlenen zonder voorafgaande publicatie.

Ons inziens zou die laatste mogelijkheid moeten gelden voor alle uitdrukkelijk van de Algemene richtlijn (Bao) uitgezonderde situaties, zoals de situaties genoemd in de artikelen 12-18 richtlijn, de uitgezonderde percelen van art. 9 richtlijn, de gevallen genoemd in art. 31 richtlijn en de opdrachten onder de drempelwaarden van art. 7 richtlijn. Dat zijn immers de gevallen waarover de Europese wetgever zich uitdrukkelijk heeft uitgelaten en die aldus bewust buiten een Europese aanbestedingsplicht (en de daarmee samenhangende bekendmakingsverplichtingen) zijn gehouden. Met Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk menen wij dan ook dat het nationale recht van de lidstaten voor de (publicatie)verplichtingen ten aanzien van die overheidsopdrachten bepalend zou moeten zijn.

4 TRANSPARANTIEPLICHT OP NATIONAAL NIVEAU

Naar Nederlands recht geldt voor overheidsorganen geen (wettelijke) aanbestedings- of publicatieplicht voor opdrachten die buiten de werking van het Bao vallen. Een aanbestedings- of publicatieplicht kan wel voortvloeien uit beleidsregels. Zo zijn de vier bouwministeries (Verkeer en Waterstaat, Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieu, Defensie en Landbouw Natuur en Visserij) op grond van de Beleidsregels aanbesteding van werken 2005³³ – ook voor opdrachten voor werken die buiten de werking van het Bao vallen – verplicht het Aanbestedingsreglement Werken 2005 toe te passen.³⁴ Voor lagere overheden vloeit geregeld een aanbestedingsplicht (en een daarmee samenhangende publicatieplicht) voort uit eigen vastgesteld beleid.

Vermeldenswaard in dit verband is het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet van 23 maart 2006.³⁵ In art. 10 van dit wetsvoorstel is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. Art. 11 bepaalt daarnaast dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen. In art. 12 lid 1 tenslotte is opgenomen dat een aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid voor potentieel belanghebbende ondernemers dient te waarborgen, zodat het gunnen van een (overheids)opdracht op onpartijdigheid kan worden getoetst. Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke mate van openbaarheid voor welke gevallen passend is.

Op grond van het wetsvoorstel moeten aanbestedende diensten bij toepassing van specifieke regels zoals die zijn opgenomen in het Bao en het Bass de algemene beginselen uit het wetsvoorstel in acht nemen. Dat deze algemene

33 *Stcrt.* 25 oktober 2005, nr. 207, p. 14.

34 ARW 2005, bijlage bij: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 709, nr. 8.

35 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 501, nr. nr. 1 e.v.

beginselen ook gelden voor (overheids)opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, volgt volgens de Memorie van Toelichting uit de (hierboven aangehaalde) Europese jurisprudentie.

De eisen die concreet voortvloeien uit deze beginselen kunnen ingevolge het wetsvoorstel verschillen naar gelang de aard, omvang, waarde etc. van (het voorwerp van) de opdracht. Ten aanzien van overheidsopdrachten buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao), zoals opdrachten beneden de drempelwaarde, wordt in de Memorie van Toelichting het volgende overwogen:³⁶

‘Voor opdrachten, overeenkomsten en prijsvragen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet of slechts gedeeltelijk van toepassing zijn (zoals op dit moment nog de (overheids)opdrachten onder de Europese drempelbedragen), dient steeds per individuele opdracht, overeenkomst of prijsvraag te worden bezien welke eisen voortvloeien uit de beginselen die zijn opgenomen in de artikelen 10 tot en met 13. Hierbij moet voorts worden bedacht dat van de omstandigheden van het concrete geval afhankelijk is hoe deze beginselen zich in het concrete geval tot elkaar verhouden. Op dit moment biedt bovenvermelde jurisprudentie onvoldoende helderheid over de concrete gevolgen die deze uitspraken hebben voor opdrachten, overeenkomsten en prijsvragen waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet of slechts gedeeltelijk van toepassing zijn.’

Het voorstel voor de Aanbestedingswet neemt aldus tot uitgangspunt dat het beginsel van transparantie – en de daaruit voortvloeiende publicatieplicht – in principe altijd in acht moet worden genomen, ook bij overheidsopdrachten buiten het toepassingsbereik van het Bao. Tot welke verplichtingen dit concreet leidt, wordt op grond van het wetsvoorstel niet duidelijk.

5 INVULLING VAN DE PUBLICATIEPLICHT

Op Europees niveau is niet geregeld op welke wijze aan een transparantieverplichting invulling moet worden gegeven voor opdrachten buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao). Het HvJ-EG laat zich niet uit over die vraag. In haar conclusie bij het Coname-arrest heeft advocaat-generaal Six-Hackl wel stilgestaan bij de vraag op welke wijze publicatie dient plaats te vinden. Zij noemt de mogelijkheid van locale, regionale, nationale of Europese publicatie. Ook meent zij dat onder omstandigheden het verzenden van aankondigingen kan volstaan. Zij stelt zich op het standpunt dat de nationale rechter, geconfronteerd met de vraag of voldoende openbaarheid is betracht, door een marktanalyse zou moeten onderzoeken welke potentiële opdrachtnemers geïnteresseerd zouden kunnen zijn in een opdracht, waarbij de aard

³⁶ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 501, nr. 3, p. 32.

en de omvang van de opdracht een doorslaggevende rol zouden kunnen spelen.

De Europese Commissie heeft reeds in haar interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten uit 2000³⁷ uitleg gegeven over de middelen die transparantie kunnen waarborgen:

‘Transparantie kan door elk daartoe geëigend middel, waaronder publiciteit, worden gewaarborgd. Welk middel geëigend is, hangt af van en houdt rekening met de specifieke aspecten van de betreffende sectoren. (...) Transparantie kan worden gewaarborgd door, onder andere, publicatie van een (voor)aankondiging in dagbladen of gespecialiseerde kranten of door uithanging. (...) De Commissie is van mening dat op deze wijze aan het vereiste van transparantie is voldaan.’

In het eerder aangehaalde artikel van Judmaier werd (door een ambtenaar van de Europese Commissie) betoogd dat de exacte omvang en vorm van transparantie afhangt van het voorwerp van de opdracht en de mate waarin de belangstelling van enkel regionale, nationale of Europese inschrijvers gewekt kan zijn.

De Europese Commissie bevestigt in haar interpretatieve mededeling de overweging van het HvJ-EG in de Coname-zaak dat aanbestedende diensten niet verplicht zijn om een aanbestedingsprocedure te houden maar dat volstaan kan worden met het bekendmaken van de essentiële details van de voorgenomen opdracht en de soort procedure.³⁸ Ten aanzien van de wijze waarop publicatie moet plaatsvinden, noemt de Commissie in haar mededeling verschillende opties variërend van publicatie in het officiële publicatieblad van de Europese Unie tot lokale publiciteit. De keuze dient te worden gebaseerd op het belang van de opdracht voor de interne markt, in het bijzonder in verband met de waarde van de opdracht en de bijzonderheden van de relevante sector. Hoe groter het belang voor potentiële inschrijvers van andere lidstaten, hoe breder de publiciteit dient te zijn.

Op nationaal niveau is evenmin geregeld op welke wijze concreet aan een publicatieverplichting zal moeten worden voldaan. Wel geeft het wetsvoorstel voor de nieuwe Aanbestedingswet een eerste aanzet. Uit de eerder aangehaalde bepalingen van dit wetsvoorstel blijkt dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen, alsmede transparant moet handelen. Ter waarborging van een goede uitvoering van de algemeen geldende aanbestedingsverplichtingen is in art. 21 lid 1 van het wetsvoorstel het volgende bepaald:

‘Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen ter bevordering van de gelijke behandeling van ondernemers, de concurrentie tussen ondernemers, de

37 Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over concessieovereenkomsten in het communautair recht, *PbEG* 2000, C 121/2.

38 Zie p. 6 van de interpretatieve mededeling.

innovatie en de transparantie met inbegrip van een passende mate van openbaarheid als bedoeld in artikel 12 voorschriften worden vastgesteld die een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf in acht moet nemen voordat hij een overheidsopdracht gunt, of een raam- of concessieovereenkomst sluit of een prijsvraag sluit.’

Blijkens de Memorie van Toelichting is deze regeling opgenomen om te voorzien in een grondslag voor nadere regels over de uit de jurisprudentie van het HvJ-EG voortvloeiende verplichting om een passende mate van openbaarheid te betrachten. Op dit moment wordt met deze grondslag volstaan, omdat nog niet duidelijk is wat het HvJ-EG precies verstaat onder deze verplichting. Dit laatste is ons inziens een weinig principieel standpunt, dat de bestaande rechtsonzekerheid ten onrechte in stand houdt. In onze visie zijn in de maatschappij voldoende mogelijkheden voorhanden om ten behoeve van een ‘passende publicatie’ tot een glijdende schaal van publicatiemogelijkheden te komen, van gemeentelijk publicatiebord, via eigen website of landelijke publicatie, tot Europese publicatie, en aan te geven in welke gevallen welke mate van publicatie passend voorkomt.

Als voorbeeld voor een ‘passende mate’ van publicatie kan worden verwezen naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht over de verlening van een langdurige parkeerconcessie,³⁹ waarin overeenkomstig de Europese jurisprudentie werd geoordeeld dat de gemeente gehouden was een passende mate van openbaarheid te betrachten. De voorzieningenrechter oordeelde dat de gemeente aan haar publicatieverplichting had voldaan door voorafgaand de betreffende stukken ter inzage te leggen in de publiekshal van het stadhuis en het raadsbesluit op haar website bekend te maken.

6 ONTWIKKELING VIA DE RECHTSBESCHERMING

De Europese Commissie heeft onlangs een ontwerp voor herziening van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen gepubliceerd.⁴⁰ Uit de toelichting op dit voorstel blijkt dat het doel van de wijziging met name is het verhogen van de doeltreffendheid van de beroepsmogelijkheden van ondernemers in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, zowel ingevolge de Algemene richtlijn als op basis van de beginselen van het EG-verdrag. Een ieder wiens rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht.⁴¹

39 Vznr. Rb. Utrecht 16 augustus 2005, BR 2005, 1105.

40 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, Brussel 4 mei 2006, COM(2006)195 def., 2006/0066 (COD).

41 Zie p. 3 van het voorstel.

Voorkomen dient te worden dat overeenkomsten onwettig worden gesloten zonder voorafgaande bekendmaking en oproep tot mededinging, aldus het ontwerp. In dat kader moeten aanbestedende diensten transparant handelen. Een gemotiveerde kennisgeving van een gunningsbesluit dient plaats te vinden, dan wel een passende bekendmaking via een vereenvoudigde aankondiging van een geplaatste opdracht. Het moment van kennisgeving respectievelijk aankondiging is bepalend voor het ingaan van een opschortende termijn voor het sluiten van de overeenkomst. De opschortende termijn dient ertoe benadeelde inschrijvers de gelegenheid te bieden beroep in te stellen in een stadium waarin inbreuken nog ongedaan kunnen worden gemaakt.

Uit de considerans bij de ontwerp Richtlijn volgt dat de opschortingstermijn en de verplichting tot transparantie gelden voor iedere onderhandse opdracht. In overweging 7 van het voorstel is het volgende opgenomen:

‘Echter rekening gehouden met het feit dat het onwettig onderhands plaatsen van opdrachten algemeen als ernstig wordt beschouwd en ter verzekering van een doeltreffende rechtsbescherming van de belanghebbenden, dient een opschortende minimumtermijn, gekoppeld aan een verplichting tot doorzichtigheid te worden toegepast voor ieder onderhands plaatsen van opdrachten zonder voorafgaande bekendmaking en oproep tot mededinging op grond van de in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG vastgestelde afwijkingen, en, hoe dan ook, telkens wanneer een aanbestedende dienst een opdracht waarvan het bedrag de in die richtlijnen vastgestelde drempels overschrijdt, zonder voorafgaande bekendmaking en oproep tot mededinging onderhands plaatst bij een persoon die rechtens van hem onderscheiden is. (...)’

Uit overweging 7 en de hiervoor genoemde toelichting bij de ontwerp Rechtsbeschermingsrichtlijn volgt aldus dat de transparantieverplichting niet beperkt blijft tot opdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de Algemene richtlijn, maar ook zal komen te gelden voor daarvan uitgezonderde opdrachten. De ontwerp Rechtsbeschermingsrichtlijn zal daarmee – indien zij wordt aangenomen – het standpunt van de Europese Commissie zoals neergelegd in haar recente Interpretatieve mededeling, formaliseren.

7 TOT SLOT

In deze bijdrage zijn de recente ontwikkelingen geschetst met betrekking tot het transparantiebeginsel in het kader van een voorgenomen opdrachtverlening. Voor opdrachten binnen het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) is de transparantieverplichting verankerd in de Algemene richtlijn (Bao) in de vorm van een verplichting tot bekendmaking in het Europese Publicatie-

blad.⁴² De ontwikkelingen met betrekking tot het transparantiebeginsel hebben daarnaast geleid tot de vraag of voor opdrachten buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) een van de transparantieverplichting afgeleide publicatieplicht geldt.

Op basis van de rechtspraak van het HvJ-EG moet worden vastgesteld dat een publicatieplicht geldt voor de niet aan de Algemene richtlijn (Bao) onderworpen dienstenconcessie van substantiële omvang. De Europese Commissie heeft op basis van die rechtspraak het standpunt ingenomen dat een voorafgaande publicatie steeds verplicht is, dus voor alle situaties die buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) vallen. Dat standpunt is ons inziens onjuist.

Recentelijk heeft de Commissie haar standpunt samengevat in een interpretatieve mededeling. Op basis daarvan kan worden vastgesteld dat de Europese Commissie haar mening in dier voege heeft herzien dat slechts voor dienstenconcessies, opdrachten beneden de drempelwaarde en 2B-diensten een passende mate van openbaarheid in acht moet worden genomen; indien de Algemene richtlijn (Bao) voorziet in een specifieke uitzondering kan de opdracht worden gegund zonder voorafgaande publicatie. Bovendien stelt de Europese Commissie zich thans op het standpunt dat de verdragsbeginselen alleen van toepassing zijn op opdrachten die voldoende relevant zijn voor de interne markt. Zij lijkt daarmee enigszins tegemoet te komen aan de in de praktijk geuite kritiek. De interpretatie van de Europese Commissie blijft ons inziens evenwel te verstrekkend.

Op nationaal niveau is in de ontwerp Aanbestedingswet vastgelegd dat de verdragsbeginselen dienen te worden toegepast voor opdrachten die buiten het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn (Bao) vallen. In het wetsvoorstel is niet vastgelegd op welke wijze dat moet gebeuren. Daardoor blijft de bestaande rechtsonzekerheid in stand.

Tot slot vloeit uit de ontwerp Rechtsbeschermingsrichtlijn voort dat aanbestedende diensten transparant moeten handelen in het kader van een (voorgenomen) gunning om te voorkomen dat opdrachten onwettig onderhands en zonder mededinging worden vergeven. Uit de ontwerp richtlijn valt af te leiden dat de transparantieverplichting niet alleen geldt voor opdrachten binnen het toepassingsbereik van de Algemene richtlijn, maar ook voor opdrachten die daarbuiten vallen. Langs een omweg lijkt de Europese Commissie aldus alsnog een algemene publicatieverplichting te introduceren.

De recente ontwikkelingen hebben (nog) niet geleid tot de gewenste duidelijkheid ten aanzien van de verplichtingen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel. Nadere rechtspraak of regelgeving zal aldus noodzakelijk blijken om de bestaande rechtsonzekerheid te beëindigen.

42 Art. 35 Algemene richtlijn (Bao).

5 | Beperking van het recht op vrije arbeidskeuze

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy[■]

1 INLEIDING

In de loop der tijd zijn verschillende bedingen ontwikkeld, die het recht op vrije keuze van arbeid (art. 19 lid 3 Grondwet) kunnen beperken, en die in voorkomende gevallen in een arbeidsovereenkomst worden opgenomen. Ik denk daarbij aan bijvoorbeeld het concurrentiebeding, het belemmeringsbeding en het relatiebeding. Daarnaast zijn bedingen ontwikkeld die bedoeld recht op vrije keuze van arbeid indirect kunnen beperken en die voorkomen in contracten tussen werkgever (uitzendonderneming/detacheringsbedrijf) en inlener, de zogenaamde inlenersbelemmeringsbedingen. Op 17 maart 2006 heeft de Sociaal Economische Raad (SER) advies uitgebracht over het wetsvoorstel 'Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding'.¹ Kort gezegd is de Raad van mening 'dat het wetsvoorstel op een aantal onderdelen vooral in juridische zin onvoldoende duidelijkheid biedt' en dat dit ertoe kan 'bijdragen dat de rechtszekerheid voor zowel de werkgever als de werknemer in het gedrang komt'.² Vervolgens is bedoeld wetsvoorstel op 13 juni 2006 door de Eerste Kamer verworpen.³ De in het kader van het wetsvoorstel gevoerde discussie blijft echter van belang voor de vraag wat de status is van bovengenoemde bedingen. Zo wordt in bedoeld SER-advies onder andere de toelaatbaarheid van bovengenoemd belemmeringsbeding, relatiebeding en inlenersbelemmeringsbeding belicht. In deze bijdrage zal ik mede naar aanleiding van dit SER-advies ingaan op de vraag in hoeverre bovenbedoelde belemmeringsbedingen/inlenersbelemmeringsbedingen geldig zijn, vernietigbaar zijn, dan wel een beroep op deze bedingen in verband met de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

■ Y.L.L.A.M. Delfos-Roy is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Met dank aan G.J.J. Heerma van Voss voor zijn commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Sociaal Economische Raad, *Advies Wetsvoorstel herziening concurrentiebeding*, Publicatienummer 2, 17 maart 2006 (hierna: SER 2006/02). Zie voor het wetsvoorstel 'Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding' *Kamerstukken II* 2001/02, 28 167, nr. 1-2 (Voorstel van wet) en *Kamerstukken I* 2004/05, 28167, nr. A (Gewijzigd voorstel van wet).

2 SER 2006/02, p. 33.

3 *Handelingen I* 2005/06, 28167, nr. 31, p. 1399-1400.

Voorts zal worden behandeld onder welke omstandigheden een beroep op bedoelde bedingen onrechtmatig kan zijn jegens de betreffende werknemer. In dit verband zal mede gekeken worden in hoeverre transnationale moraal, zoals bijvoorbeeld de in het Europees Sociaal Handvest (herzien) en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten erkende vrijheid van arbeidskeuze, ingang vindt in ons nationale rechtssysteem.

Onder een belemmeringsbeding wordt verstaan: een beding in de arbeidsovereenkomst tussen een uitzendwerkgever/detacheringswerkgever en een uitzendwerknemer/detacheringswerknemer, dat verbiedt dat de bedoelde werknemer binnen een bepaalde periode rechtstreeks bij de opdrachtgever (inlener, klant van de uitzendwerkgever/detacheringswerkgever) in dienst treedt.⁴

Onder een inlenersbelemmeringsbeding wordt verstaan: een beding tussen een uitzendbedrijf respectievelijk een detacheringsbedrijf en een opdrachtgever volgens welk de opdrachtgever bij rechtstreekse indienstneming van de uitzendkracht, binnen een bepaalde periode na aanvaarding van de uitzending, aan het uitzendbedrijf een bepaalde vergoeding verschuldigd is respectievelijk het de opdrachtgever zonder toestemming van het detacheringsbedrijf verboden is de betreffende werknemer, gedurende een bepaalde periode na beëindiging van de opdracht, in dienst te nemen, bij overtreding van welk verbod de opdrachtgever een boete verschuldigd is.⁵

2 ART. 19 LID 3 GRONDWET

Aan de bespreking van de status van bovengenoemd belemmeringsbeding en bovengenoemd inlenersbelemmeringsbeding zou ik eerst een algemene bespreking van de door art. 19 lid 3 Grondwet geboden mogelijkheid om het recht op vrije keuze van arbeid te beperken, vooraf willen laten gaan. Art. 19 lid 3 Grondwet luidt als volgt:

‘Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.’

Met beperkingen bij of krachtens de wet wordt bedoeld op beperkingen op grond van of krachtens ‘een specifiek formeel-wettelijke basis’.⁶

Het recht op vrije keuze van arbeid kan dus slechts worden beperkt wanneer deze beperking berust op een formeel-wettelijke bepaling.

4 SER 2006/02, p. 7-8. Zie ook Brief van de Minister van Justitie d.d. 10 mei 2006, *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 4.

5 SER 2006/02, p. 24-25. Zie ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 185.

6 Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 6 (Notitie).

Het begrip arbeid ziet zowel op

‘zelfstandige arbeid in bedrijf en beroep, als op arbeid in dienstbetrekking; zowel op arbeid in de particuliere sector als op arbeid in overheidsdienst(...); zowel op betaalde als op onbetaalde arbeid; zowel op hoofdberoep als op nevenwerkzaamheden.’⁷

Het begrip keuze betreft niet alleen de interne beslissingsvrijheid, ‘maar ook de vrijheid de eenmaal gemaakte keuze te *realiseren*, alsmede de vrijheid om die keuze te *herzien*’.⁸

Onomstreden is dat het recht op vrije keuze van arbeid een ‘*individueel vrijheidsrecht* is, dat als subjectief recht geldend gemaakt kan worden’.⁹

Het recht op vrije keuze van arbeid garandeert echter niet dat de individuele arbeidskeuze ook werkelijk kan worden gerealiseerd.¹⁰ De sociaaleconomische situatie kan begrenzingen meebrengen, denk bijvoorbeeld aan de personeelsformatie van de werkgever.¹¹ Hetzelfde geldt voor de beperkingen aan de algemene handelingsvrijheid. In verband met dit laatste wordt in de notitie aangaande art. 19 lid 3 Grondwet onder andere het voorbeeld van voorschriften aangaande de verkeersveiligheid genoemd.¹² De hier bedoelde *begrenzingen* houden, aldus deze notitie, geen *beperkingen* van de vrijheid van arbeidskeuze in.¹³ Hetzelfde kan gelden voor voorschriften die een maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening beogen te waarborgen.¹⁴

Een formeel-wettelijke bepaling *krachtens* welke het recht op vrije arbeidskeuze kan worden beperkt, is art. 7:653 BW.¹⁵ Deze bepaling luidt als volgt:

- ‘1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig, indien de werkgever dit schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.
2. De rechter kan zulk een beding geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.
3. Aan een beding als bedoeld in lid 1 kan de werkgever geen rechten ontleen, indien hij wegens de wijze waarop de overeenkomst is geëindigd, schadeplichtig is.
4. Indien een beding als bedoeld in lid 1 de werknemer in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn, kan de rechter

7 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 4.

8 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 4.

9 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 4.

10 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5.

11 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5.

12 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5.

13 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5.

14 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5 e.v.

15 Zie ook Loonstra & Zondag 2006, p. 172.

steeds bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen (...).'

Ten aanzien van een formeel-wettelijke bepaling die het recht op vrije arbeidskeuze beperkt dan wel een dergelijke beperking mogelijk maakt, geldt evenwel dat niet iedere beperking, hoe ingrijpend ook, geoorloofd is. De vrijheid van arbeidskeuze moet als een rechtsgoed van bijzondere waarde worden aangemerkt.¹⁶ De beperking van dit recht moet berusten op een 'zorgvuldige afweging van de belangen die met een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze zijn gediend tegenover de waarde van onbelemmerd genot van het onderhavige rechtsgoed door de burgers'.¹⁷ En bij de keuze van het instrument waarmee wordt beperkt dient steeds de vraag te worden gesteld of, ter bereiking van het beoogde doel, niet een middel kan worden gekozen dat 'minder belemmerend is voor de vrijheid van arbeidskeuze'.¹⁸

Dit betekent dat het gebruik van de mogelijkheid om de vrije keuze van arbeid te beperken, als bedoeld in art. 7:653 BW, moet berusten op zorgvuldige belangenafweging en het gekozen beding zo min mogelijk beperkend moet zijn voor de vrijheid van arbeidskeuze.¹⁹

Volgens de wetsgeschiedenis bieden de 'privaatrechtelijke regels die de rechter heeft te hanteren bij de beoordeling van de geoorloofdheid van contractuele bedingen en bij de beoordeling van het (on)rechtmatige karakter van gedragingen' de rechter voldoende ruimte voor een oordeelsvorming waarbinnen het grondwettelijke beginsel van vrijheid van arbeidskeuze tot zijn recht kan komen.²⁰

Zo'n privaatrechtelijke regel die de rechter heeft te hanteren bij de beoordeling van de geoorloofdheid van contractuele bedingen vinden we in art. 7:653 BW zelf. Namelijk in lid 2.

Behalve art. 19 lid 3 Grondwet kunnen bij bedoelde oordeelsvorming door de rechter ook internationale normen een rol spelen bij het antwoord op de vraag in hoeverre de vrije keuze van arbeid kan worden beperkt.²¹ Denk bijvoorbeeld aan art. 1 Europees Sociaal Handvest (herzien) dat, voorzover hier van belang, als volgt luidt:²²

16 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 13-14.

17 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 14.

18 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 14.

19 Zie over deze materie ook C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, 's Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, p. 201 e.v. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2001/02, 28167, nr. 3, p. 6 (MvT): In het licht van het in de Grondwet verankerde recht op vrijheid van arbeidskeuze 'dienen beperkende maatregelen proportioneel en subsidiair te zijn'.

20 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 19. Zie ook C.J. Loonstra 1999, p. 208.

21 Zie o.a. C.J. Loonstra 1999, p. 208.

22 Ten aanzien van art. 1 Europees Sociaal Handvest, Turijn, van 18 oktober 1961, overwoog de Hoge Raad dat dit artikel een individu geen waarborg geeft voor het recht op vrije keuze van dienstbetrekking (HR 17 oktober 1980, NJ 1981, 141 m.nt. GJS en EAA). De tekst van

‘Teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op arbeid te waarborgen, verbinden de Partijen zich: (...) het recht van de werknemer om in zijn onderhoud te voorzien door vrijelijk gekozen werkzaamheden daadwerkelijk te beschermen’

en aan art. 6 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, welk artikel, voorzover hier van belang, als volgt luidt:²³

‘De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht op arbeid, hetgeen insluit het recht van een ieder op de mogelijkheid in zijn onderhoud te voorzien door middel van vrijelijk gekozen of aanvaarde werkzaamheden; zij nemen passende maatregelen om dit recht veilig te stellen.’

In een arbeidsovereenkomst kunnen dus, zo blijkt uit het voorgaande, bedingen worden opgenomen die het recht op vrije keuze van arbeid beperken, mits zulke bedingen berusten op art. 7:653 BW. Dergelijke bedingen worden ook wel concurrentiebedingen genoemd.

Betekent het bovenstaande dat, wanneer geen beding als bedoeld in art. 7:653 BW is overeengekomen, het recht op vrije keuze van arbeid dan geen beperking kent?

Dit is niet het geval. Ook art. 6:248 BW en art. 6:162 BW kunnen een beperking op het recht op vrije keuze van arbeid meebrengen. Zo oordeelde de Hoge Raad dat in het algemeen niet als juist kan worden aanvaard de stelling dat het in art. 19 lid 3 Grondwet bedoelde recht slechts bij schriftelijke overeenkomst waarin zulks uitdrukkelijk is overeengekomen kan worden beperkt. De aard en strekking van de overeenkomst kan meebrengen dat partijen elkaar geen concurrentie aandoen. Het ‘niet aangaan van een concurrentiebeding’ betekent, aldus de Hoge Raad, ‘nog geen vrijbrief om in strijd met een overeenkomst of met de in art. 6:248 lid 1 BW bedoelde eisen van redelijkheid en billijkheid zijn wederpartij concurrentie aan te doen’.²⁴

Bovendien kan, wanneer een beding als bedoeld in art. 7:653 BW ontbreekt of de werkgever aan bedoeld beding geen rechten kan ontleen, concurrentie door een ex-werknemer, door de rechter worden verboden indien de werkgever bewijst dat de bedoelde werknemer met deze concurrentie jegens hem een onrechtmatige daad pleegt (art. 6:162 BW).²⁵

Volgens het hof 's-Gravenhage brengt de omstandigheid dat geen concurrentiebeding is overeengekomen mee dat ‘slechts bijzondere omstandigheden

het Europees Sociaal Handvest (herzien), *Trb.* 2004, 13 geeft mij geen aanleiding te veronderstellen dit ten aanzien van art. 1 Europees Sociaal Handvest (herzien) anders zou zijn.

23 Dit artikel geeft echter aan een individu geen waarborg voor het recht op vrije keuze van dienstbetrekking, zie HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141 m.nt. GJS en EAA.

24 HR 1 juli 1997, *NJ* 1997, 685 (Kolkman/Cornelisse). I.c. betrof het een overeenkomst waarbij iemand een handelsonderneming aan een ander overdroeg.

25 I.P. Asscher-Vonk & W.J.P.M. Fase met medewerking van F.M. Noordam, *H.L. Bakels. Schets van het Nederlandsche arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 72; HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157 m.nt. LEHR (Boogaard/Vesta).

kunnen leiden tot de conclusie dat' de betreffende werknemer na het einde van zijn dienstverband zijn werkgever onrechtmatig concurrentie aandoet. Van onrechtmatige concurrentie zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien de betreffende werknemer het verwijt treft dat hij tijdens zijn dienstverband activiteiten heeft ontplooid om de klanten van zijn werkgever ertoe te brengen hun opdrachten niet meer onder te brengen bij de betreffende werkgever maar bij een door hem (werknemer) geëxploiteerde onderneming. Voor een dergelijk verwijt is niet voldoende dat de betreffende werknemer bovenbedoelde opdrachthouders heeft gemeld dat hij voornemens was voor zichzelf te gaan beginnen. Aannemelijk moet zijn dat de werknemer 'gericht en stelselmatig de opdrachthouders heeft benaderd of doen benaderen met het oogmerk de opdrachthouders over te halen met de nieuw te starten onderneming in zee te gaan'.²⁶ Voor het geval waarin wel een concurrentiebeding is overeengekomen maar de werkgever hieraan geen rechten kan ontlenen overwoog de Hoge Raad dat dit enkele feit niet meebrengt dat de in de sfeer van het concurrentiebeding 'liggende handelingen van de voormalige werknemer geen onrechtmatige daad kunnen vormen'.²⁷

3 HET WETSVORSTEL CONCURRENTIEBEDING

Het door de Eerste Kamer afgewezen ontwerpartikel 7:653 BW luidde:²⁸

'1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig indien de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer en de werkgever zich daarbij heeft verbonden een billijke vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking duurt.

2. De vergoeding, bedoeld in lid 1, wordt betaald in termijnen aan het eind van iedere maand. Van dit lid kan bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken.

3. De vergoeding, bedoeld in lid 2, is niet verschuldigd indien:

- a. de werknemer wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadeplichtig is op grond van artikel 677, leden 1 en 3;
- b. de werkgever vóór opzegging door de werknemer of uiterlijk bij gelegenheid van de opzegging door hem aan de werknemer te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding;
- c. de werkgever na de opzegging door de werknemer aan deze te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding en de werknemer instemt met het vervallen van de plicht tot betaling van de vergoeding;

26 Gerechtshof 's Gravenhage 25 november 1997, *JAR* 1998, 14.

27 HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 223.

28 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, A (Gewijzigd voorstel van wet).

d. de werkgever, in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, ten minste een maand voor het einde van die arbeidsovereenkomst, aan de werknemer te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding. In de in de onderdelen b en d bedoelde gevallen blijft de vergoeding verschuldigd indien de werknemer door het vervallen van de vergoedingsplicht onbillijk zou worden benadeeld.

4. In een beding als bedoeld in lid 1 worden vermeld:

- a. de werkzaamheden en het geografisch gebied waarvoor de beperking geldt;
- b. de duur van de beperking, die ten hoogste een jaar kan bedragen;
- c. de hoogte van de door de werkgever verschuldigde vergoeding, bedoeld in lid 1.

5. Een beding als bedoeld in lid 1 komt te vervallen, indien:

- a. de arbeidsovereenkomst in de proeftijd wordt beëindigd;
- b. de werkgever wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadeplichtig is op grond van artikel 677, leden 1 en 3;
- c. de werkgever in staat van faillissement is verklaard.

6. De rechter kan een beding als bedoeld in lid 1 geheel of gedeeltelijk vernietigen op de grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. Voorts kan de rechter een beding als bedoeld in lid 1 vernietigen indien de werknemer op onredelijke gronden de instemming, bedoeld in lid 3, heeft geweigerd.

7. De rechter kan de vergoeding, bedoeld in lid 1, wijzigen indien hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.

8. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt verboden om na het einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van de werkgever te benaderen, valt niet onder de werking van dit artikel.

9. Elk beding in strijd met dit artikel is nietig.'

In het kader van de parlementaire behandeling van dit artikel is door de Eerste Kamer en de SER discussie gevoerd omtrent de status van het hierna te behandelen belemmeringsbeding en het inlenersbelemmeringsbeding.

4 BELEMMERINGSBEDING EN INLENERSBELEMMERINGSBEDING

Zoals in de inleiding al aangegeven, blijft, ondanks de verwerping van het Wetsvoorstel Concurrentiebeding, de in het kader van dit wetsvoorstel gevoerde discussie van belang voor de vraag wat de status is van onder andere het zogenaamde belemmeringsbeding en het zogenaamde inlenersbelemmeringsbeding. In het onderstaande komt eerst, onder 4.1, het belemmeringsbeding aan de orde en vervolgens, onder 4.2, het inlenersbelemmeringsbeding.

4.1 Belemmeringsbeding

Bedoeld belemmeringsbeding is volgens de SER in de praktijk zeer ongebruikelijk,²⁹ maar kan, wanneer het zich voordoet, gezien worden als een concurrentiebeding. Het betreft, aldus de SER, ‘immers een beperking voor de uitzendwerknemer in zijn bevoegdheid om “op zekere wijze werkzaam te zijn”’.³⁰ De Hoge Raad omschrijft een concurrentiebeding als een beding dat de werknemer beperkt ‘in zijn recht om na het einde van de dienstbetrekking werkzaam te zijn op de wijze die hem goeddunkt’ en hem kan ‘treffen in een zwaarwegend belang, nl. in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet’.³¹ Ook gezien deze formulering zou het belemmeringsbeding als een concurrentiebeding gezien kunnen worden. De SER acht het dan ook niet ondenkbaar dat de rechter bedoeld belemmeringsbeding als een concurrentiebeding zal aanmerken.³² In de MvA bij bovenbedoeld wetsvoorstel is, ten aanzien van het hierboven onder 3 bedoelde artikel, echter opgemerkt dat in de situatie ‘dat de uitzendwerknemer wordt verboden in dienst te treden bij de inlener’ noch sprake is van een relatiebeding (met een relatiebeding wordt bedoeld een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij de werknemer wordt verboden om na het einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van de werkgever te benaderen), noch sprake is van een concurrentiebeding.³³ Het zogenaamde belemmeringsbeding zou geen concurrentiebeding zijn, daar het niet beoogt concurrentie tegen te gaan maar ‘de investering zeker te stellen die het uitzendbureau heeft gedaan in zijn werknemer en in zijn relatie met de opdrachtgever/de inlener’.³⁴ Ook in de reactie van de Minister van Justitie op het SER-advies wordt vastgehouden aan de opvatting dat het belemmeringsbeding geen concurrentiebeding is en dat het, inmiddels afgewezen, art. 7:653 BW niet op het belemmeringsbeding van toepassing is.³⁵

Wanneer ervan wordt uitgegaan dat bedoeld belemmeringsbeding ook niet onder de huidige wettelijke regeling aangaande het concurrentiebeding valt,³⁶ moet, mijns inziens, worden geconcludeerd dat het betreffende beding ongeldig is. Het berust dan immers niet, zoals volgens art. 19 lid 3 van de Grondwet is vereist, op een formeel-wettelijke bepaling *krachtens* welke de vrije keuze van arbeid kan worden beperkt. Terwijl, wat de ratio ook moge zijn, deze vrije keuze door bedoeld beding wel wordt beperkt.

29 SER 2006/02, p. 24. Zie ook *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 4 (Brief MvJ).

30 SER 2006/02, p. 27. In deze zin ook *Kamerstukken I* 1997/98, 25 264, nr. 133b, p. 4 (MvA).

31 HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325 m.nt. PZ.

32 SER 2006/02, p. 27.

33 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. C, p. 4 (MvA).

34 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 1-2 (Nadere MvA).

35 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 4-5 (Brief MvJ).

36 Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001, 66 lijkt de mening te zijn toegedaan dat een belemmeringsbeding niet onder art. 7:653 BW valt.

Aan deze ongeldigheid doet het feit dat de Wet van 14 mei 1998, houdende regels voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs), anders dan de daarvoor geldende Arbeidsvoorzieningswet, geen verbodsbepalingen aangaande de beperking van het recht op vrije keuze van arbeid inhoudt, niet af. Hierover later meer.

De geoorloofdheid van het belemmeringsbeding zal, wil men niet tot ongeldigheid van bedoeld beding concluderen omdat het niet berust op een formele wet, beoordeeld moeten worden aan de hand van art. 7:653 BW. Dit strookt ook met art. 7:690 BW ingevolge welk artikel de uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is.³⁷

Voorts kan een belemmeringsbeding worden getoetst aan art. 6:248 lid 2 BW.³⁸ Art. 6:248 lid 2 BW luidt:

‘Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

Dat toepassing van een beding *onaanvaardbaar* is, lijkt moeilijker aan te tonen dan dat een werknemer door het betreffende beding *onbillijk* wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever (art. 7:653 lid 2 BW). Reden te meer om bedoeld belemmeringsbeding wel onder 7:653 BW te begrijpen. Bovendien zou de werknemer, in het geval hij zich slechts op art. 6:248 BW zou kunnen beroepen, het beding niet, zoals dat onder art. 7:653 BW wel het geval is, kunnen doen vernietigen. Steeds voor iedere potentiële nieuwe baan opnieuw zal hij moeten afwachten of een door hem op art. 6:248 lid 2 BW gedaan beroep wordt gehonoreerd.³⁹

Voor het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever door een belemmeringsbeding onbillijk wordt benadeeld of een beroep op het betreffende beding gezien de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, moeten we terug in de wetsgeschiedenis.

Het bijzondere aan een belemmeringsbeding is dat het kan worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 BW ‘de uitzendovereenkomst’. Tot de invoering van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) was art. 93 Arbeidsvoorzieningswet van kracht. Op grond van dit artikel was het verboden om bij het ter beschikking stellen van arbeids-

37 Zie ook C.J. Frikkee & C.M. Jakimowicz, ‘Het belemmeringsverbod bij detacheringskrachten; nog van deze tijd?’, *Sociaal Recht* 2002-9, p. 254-259; Loonstra & Zondag 2006, p. 184-185 en Hof Amsterdam 14 februari 2002, *JAR* 2002, 65. Anders: Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001, 66.

38 SER 2006/02, p. 24; HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 59 (i.c. betrof het een concurrentiebeding).

39 Vgl. W.L. Valk, in: *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 353.

krachten 'aan de ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan'.

In de Waadi is dit verbod niet meer opgenomen. Wel vindt men in de wetsgeschiedenis van de Waadi onder andere de overweging: 'Een beding dat een arbeidskracht in zijn vrije arbeidskeuze belemmert is in algemene zin al als bezwarend te beschouwen en zou in de relatie arbeidskracht – uitzendbureau vernietigbaar kunnen zijn' en voorts dat het belemmeringsverbod in de relatie arbeidskracht – uitzendbureau 'in samenhang met het concurrentiebeding' kan worden gezien en 'dat een concurrentiebeding verboden zou moeten zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en opgeschort zou moeten worden tot na de proeftijd. Waar de relatie uitzendbureau en arbeidskracht in zijn aard tijdelijk is, is daarmee ook aangegeven, dat een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze voor vernietiging in aanmerking kan komen.'⁴⁰ Het gaat dus om een belangenafweging. In deze zin ook de Hoge Raad in zijn uitspraak van 4 april 2003. Een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze kan, aldus de Hoge Raad, voor vernietiging in aanmerking komen.⁴¹

Of een werknemer nu een arbeidscontract voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd heeft met het uitzendbureau/detacheringsbedrijf, de belemmeringsbedingen kunnen tijdelijke relaties met inleners betreffen. Het gevolg hiervan is dat een werknemer geconfronteerd kan worden met de situatie waarin hij na vertrek bij het betreffende uitzendbureau/detacheringsbedrijf en na een of meer tijdelijke werkrelaties niet bij de betreffende inlener(s) in dienst kan treden. Ongeacht 'de aard van de werkzaamheden en ongeacht de vraag of er sprake is van concurrerende activiteiten'.⁴² Dit zou een ernstige beperking van zijn recht op vrije keuze van arbeid betekenen. Deze bedingen ten aanzien van tijdelijke arbeidsrelaties zouden, gezien de wetsgeschiedenis, in beginsel dan ook vernietigd moeten worden.⁴³ Voor bedoelde vernietiging zou mogelijk minder plaats zijn wanneer met de betreffende werknemer, zoals het onder 3 bedoelde art. 7:653 BW ten aanzien van het concurrentiebeding beoogde, een

40 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, *Kamerstukken I* 1997/98, 25 264, nr. 133b (MvA), p. 4.

41 HR 4 april 2003, *JAR* 2003, 107.

42 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 2 (Nadere MvA).

43 Zie ook F.B.J. Grapperhaus, 'Beperkingen aan de vrijheid van arbeidskeuze van de uitzendwerknemer uit artikel 7:691 BW', *Ondernemingsrecht* 2000-15, p. 429. De door Grapperhaus onder punt 5. genoemde situaties betreffende indiensttreding bij een concurrent-uitzendwerkgever en betreffende werkzaamheden bij een concurrent-inlener waarin een belemmeringsbeding respectievelijk concurrentiebeding mogelijk zou zijn lijken mij voorzover het tijdelijke contracten/werkzaamheden betreft in beginsel te ver te gaan. Zie ook Hof Amsterdam 14 februari 2002, *JAR* 2002, 65, welke uitspraak echter een nuancering lijkt aan te brengen voor de situatie dat de uitzendwerknemer een vaste dienstbetrekking bij de uitzendwerkgever heeft. Vgl. ook L.J. de Vroe, 'De onbelemmerde uitzendkracht', *Arbeids-Recht* 2000-1, nr. 5, p. 19-22. Anders: A.M.J. Bouman & J. van der Pijl, 'Het belemmeringsverbod is niet meer van deze tijd', *ArbeidsRecht* 2001-8/9, nr. 40, p. 19-23.

billijke vergoeding, als compensatie voor de beperking van zijn vrijheid van arbeidskeuze,⁴⁴ zou zijn overeengekomen. Het was ook deze billijke vergoeding die ertoe heeft geleid dat in het hiervoor onder 3 genoemde art. 7:653 BW uiteindelijk niet was opgenomen dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verboden zou moeten zijn.⁴⁵ Een ander argument voor vernietiging kan mogelijk nog gevonden worden in art. 9 Waadi. Dit artikel luidt als volgt:⁴⁶

‘Bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten wordt voor de terbeschikkingstelling geen tegenprestatie bedongen van de arbeidskracht, die ter beschikking wordt gesteld’.

Een gevolg van het belemmeringsbeding lijkt, mijns inziens, echter wel te zijn dat het toch de werknemer is die de investering zeker stelt ‘die het uitzendbureau heeft gedaan in zijn werknemer en in zijn relatie met de opdrachtgever/inlener’.⁴⁷

Of, om nog een argument voor vernietiging aan te voeren, het gegeven dat volgens de wetsgeschiedenis van het inmiddels afgewezen art. 7:635 BW oneigenlijk gebruik van concurrentiebedingen moet worden tegengegaan. Van bedoeld oneigenlijk gebruik kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer een werknemer aan een bedrijf wordt gebonden ‘vanwege investeringen die een werkgever pleegt via het aanbieden van een interne of externe opleiding/scholing’.⁴⁸ Het belemmeringsbeding impliceert, mijns inziens, een dergelijk oneigenlijk gebruik, door de werknemer in zijn vrije keuze van arbeid te beperken om de ‘investering zeker te stellen die het uitzendbureau heeft gedaan in zijn werknemer en in zijn relatie met de opdrachtgever/de inlener’.⁴⁹

Het uitzendbureau/detacheringsbureau kan bovendien de gedane investeringen op andere wijze veiligstellen. Zo kan in voorkomend geval met de betreffende werknemer een opleidingsbeding worden overeengekomen. Afgesproken kan bijvoorbeeld worden dat de werknemer bij vertrek (een deel van) de opleidingskosten die de werkgever voor hem heeft gemaakt, terugbetaalt,⁵⁰ waarbij dan onder andere wel rekening dient te worden gehouden met vermindering van de terugbetalingsverplichting ‘naar evenredigheid van het voortduren van de dienstbetrekking’.⁵¹ Gezien ook het verbod kostenvergoeding

44 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 2 (Nadere MvA).

45 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 167, nr. 3, p.12 (MvT).

46 Zo ook art. 7 Verdrag betreffende particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling: ‘Particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling brengen werknemers geen honorarium of andere kosten, direct of indirect, geheel of gedeeltelijk, in rekening’.

47 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 1-2 (Nadere MvA).

48 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. C, p. 2-3 (MvA).

49 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 1-2 (Nadere MvA).

50 Vgl. SER 2006/02, p. 28. Zie ook Grapperhaus 2000, p. 426-430.

51 HR 10 juni 1983, NJ 1983, 796.

van een werknemer te vragen kan een dergelijk studiekostenbeding mijns inziens geen kosten aangaande een door de werkgever verplicht gestelde opleiding betreffen.⁵² Bovendien kan, om het belang van de uitzendwerkgever te behartigen, met de inlener een inlenersbelemmeringsbeding worden overeengekomen (zie hierna).

Een voorbeeld van een geval waarin een beroep door de werkgever op een belemmeringsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn, is de situatie waarin de werknemer in dienst treedt bij opdrachtgever terwijl deze opdrachtgever de betrokken werknemer niet meer zoals voorheen via bedoelde werkgever kan inschakelen omdat deze de werknemer geen verlenging van zijn arbeidscontract heeft gegeven.⁵³

4.2 Inlenersbelemmeringsbeding

Volgens de SER is de bedoeling van een inlenersbelemmeringsbeding meestal niet het tegengaan van concurrentie maar kan de vrije keuze van arbeid voor de betreffende werknemer er wel door worden belemmerd. Indien dit laatste het geval is, kan de rechter een beroep op het betreffende beding onaanvaardbaar oordelen (art. 6:248 lid 2), aldus de SER.⁵⁴

In de reactie van de Minister van Justitie op het SER-advies lezen we dat een inleners- belemmeringsbeding, ‘waarin wordt overeengekomen dat de opdrachtgever een vergoeding betaalt, indien hij de uitzendkracht binnen een bepaalde periode na de aanvang van de uitzending rechtstreeks in dienst neemt’, in de praktijk veelvuldig voorkomt. ‘Dit beding wordt echter niet aangegaan met het oogmerk om concurrentie tegen te gaan. Het indirect belemmeringsbeding strekt ertoe om investeringen in tijd en geld om uitzendkrachten te werven en op te leiden, veilig te stellen. (...) Voorzover er tussen de uitzendonderneming en de opdrachtgever een geschil ontstaat over een indirect belemmeringsbeding, kan dat beoordeeld worden op grond van art. 6:248 van het Burgerlijk Wetboek’.⁵⁵ Een verbod op overname van de uitzendwerknemer door de opdrachtgever komt, aldus de SER, in de praktijk wel voor

52 Vgl. ook Loonstra & Zondag 2006, p. 190 en Kntr. Rb. Amsterdam 22 november 2002, *JAR* 2003, 22.

53 Vgl. Hof Arnhem 13 december 2005, *JAR* 2006, 31. Ten aanzien van art. 6:653 BW overwoog het hof dat werkgever ‘er zelf voor heeft gekozen om het dienstverband met’ werknemer ‘niet te verlengen, zodat’ werknemer ‘gedwongen was naar ander werk uit te zien. Hierdoor weegt het belang van’ werkgever ‘bij handhaving van het concurrentiebeding minder zwaar’. Werkgever ‘kan niet van twee walletjes eten door enerzijds de mogelijkheden van werknemers te willen beperken via handhaving van het concurrentiebeding en anderzijds die werknemers geen vast dienstverband te bieden’. I.c. bestond het dienstverband uit drie opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd. In totaal had het dienstverband slechts 32 maanden geduurd.

54 SER 2006/02, p. 25.

55 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 3-4 (Brief MvJ).

bij detachering. Dat wil zeggen bij uitzending in de hogere marktsegmenten.⁵⁶ Ook dit verbod beoogt de investeringen die het detacheringsbedrijf in haar bedrijf, haar werknemers en haar relatie met de opdrachtgevers heeft gedaan, veilig te stellen.⁵⁷

Een beroep op art. 6:248 lid 2 BW betreffende het inlenersbelemmeringsbeding (indirect belemmeringsbeding) kan – het SER-advies lijkt op dit punt niet geheel duidelijk⁵⁸ – niet worden gedaan door de werknemer die door het betreffende beding wordt belemmerd bij de opdrachtgever in dienst te treden. Hij is immers geen partij bij de overeenkomst tussen de opdrachtgever (inlener) en het uitzendbureau/detacheringsbureau.

Evenmin kan de inlener zich in verband met art. 6:248 lid 2 BW beroepen op het recht van vrije arbeidskeuze van haar potentiële werknemer.⁵⁹ Hierna zal blijken dat dit recht wel indirect een rol speelt bij een beroep door de inlener op art. 6:248 lid 2 BW.

Daar het hier bedoelde beding niet de arbeidsovereenkomst noch de collectieve arbeidsovereenkomst (art. 6:245 BW) maar de overeenkomst tussen opdrachtgever en uitzendonderneming/detacheringsonderneming betreft, kan door de opdrachtgever onder omstandigheden – wanneer het betreffende beding in de door de uitzendonderneming/detacheringsonderneming gebruikte, tussen uitzendonderneming/detacheringsonderneming en de opdrachtgever geldende algemene voorwaarden staat – een beroep op art. 6:233 BW worden gedaan.⁶⁰ Hij moet dan aantonen dat het betreffende inlenersbelemmeringsbeding gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, voor hem (inlener) onredelijk bezwarend is.

De norm die uit art. 6:248 BW voortvloeit is niet strenger dan die uit art. 6:233 BW.⁶¹ De inlener mag kiezen of hij betoogt dat een beroep op het onderhavige beding door het uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (6:248 lid 2 BW) of dat hij het betreffende beding vernietigt (6:233 BW).⁶² Het voordeel van art. 6:248 lid 2 BW is wel dat hierop een beroep kan worden gedaan door wederpartijen die krachtens afdeling 3 titel 5 boek 6 BW van een beroep op 6:233 BW zijn uitgesloten en bovendien dat een beroep op dit artikel, anders dan een beroep op 6:233 BW, ook mogelijk is indien het betreffende beding op het moment van overeenkomen niet onredelijk bezwarend was maar een beroep op het betreffende beding door latere omstandigheden onaanvaardbaar is. Bovendien

56 SER 2006/02, p. 24-25.

57 SER 2006/02, p. 25.

58 SER 2006/02, p. 25.

59 Rb. 's Gravenhage 4 december 2002, JAR 2003, 9.

60 SER 2006/02, p. 24-25.

61 Jac. Hijma, in: *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 299-300.

62 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. JH; Hijma 2004, p. 300-301.

kan een beroep op art. 6:248 lid 2 BW worden gedaan indien sprake is van een kernbeding (art. 6:231 BW),⁶³ en ook indien er geen gebruik is gemaakt van algemene voorwaarden.

Een beroep op het betreffende inlenersbelemmeringsbeding zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn indien de opdrachtgever met de betreffende werknemer een arbeidscontract sluit (ook al zou hem dit op grond van het betreffende inlenersbelemmeringsbeding zijn verboden) terwijl opdrachtgever deze werknemer niet meer zoals voorheen via het betreffende uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf kan inschakelen omdat de betreffende werknemer bij laatstbedoeld bedrijf geen verlenging van zijn arbeidscontract voor bepaalde tijd heeft gekregen.⁶⁴

De rechtbank 's-Gravenhage noemt een aantal omstandigheden die een beroep op art. 6:248 BW of 6:233 BW door opdrachtgever niet *zonder meer* rechtvaardigen. Deze omstandigheden zijn onder andere: het feit dat het uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf inmiddels voldoende aan de betreffende werknemer zou hebben verdiend en dat deze werknemer wel bij een andere werkgever in dienst zou hebben kunnen treden.⁶⁵

Dit wil niet zeggen dat de inkomsten van een uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf met betrekking tot de betreffende uitzending/detachering in het geheel geen rol kunnen spelen bij een beroep door de inlener op art. 6:248 BW of art. 6:233 BW.

Het hof Amsterdam achtte een onverkort beroep op zowel een belemmeringsbeding als een inlenersbelemmeringsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, onder andere daar in de branche algemeen ervan wordt uitgegaan dat het uitzendbureau c.q. de detacheerder na 6 maanden geacht moet worden zijn investeringen in de uitzendwerkgever te hebben terugverdiend. Onder die omstandigheden bracht volgens het hof het zwaarwegende belang van de uitzendwerknemer om een vrije keuze van arbeid te hebben mee dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat de uitlener de betreffende uitzendwerknemer en/of de inlener aan een langere verbodstermijn hield. De betreffende werknemer mocht na 6 maanden in dienst treden bij opdrachtgever.⁶⁶

Onder omstandigheden kan met een beroep van de inlener op art. 6:94 lid 1 BW de boete door de rechter worden gematigd. Mede gezien art. 19 lid 3 Grondwet en het internationaal erkende beginsel van vrijheid van arbeidskeuze (bijvoorbeeld art. 1 Europees Sociaal Handvest (herzien)) brengt de billijkheid klaarblijkelijk mee dat, wanneer de boete niet evenredig is met de investerin-

63 Hijma 2004, p. 300-301.

64 Vgl. Hof Arnhem 13 december 2005, *JAR* 2006, 31 (zie noot 53).

65 Rb. 's-Gravenhage 4 december 2002, *JAR* 2003, 9. Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 13 december 2000, *JAR* 2001, 17.

66 Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001, 66.

gen, met inachtneming van een redelijke winstmarge,⁶⁷ die de werkgever in zijn werknemer en zijn relatie met de opdrachtgever heeft gedaan, matiging op zijn plaats is. Het evenredigheidsbeginsel eist dat de betalingsverplichting naar evenredigheid van het voortduren van de detachering (dit is immers de termijn waarin de werkgever van zijn investeringen heeft kunnen profiteren) afneemt.⁶⁸

Hetzelfde criterium als ten aanzien van een bedongen boete is vermeld, geldt ook ten aanzien van door een uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf van een opdrachtgever bedongen vergoeding, wanneer deze de betreffende uitzendkracht binnen een bepaalde periode na aanvaarding van de uitzending in dienst neemt.⁶⁹ Een beroep op de volledige vergoedingsplicht lijkt gezien de redelijkheid en de billijkheid, die gezien ook het recht van vrije keuze van arbeid in acht dient te worden genomen, onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW), indien de vergoeding niet aan hetzelfde criterium voldoet als hierboven ten aanzien van het boetebeding is betoogd. Vergelijk ook A-G Lenz in zijn conclusie bij zaak C-415/93 (Bosman)⁷⁰ aangaande art. 48 EEG-verdrag (thans art. 39 EG-verdrag vrij verkeer van werknemers), waar hij ten aanzien van een vergoeding in verband met opleidingskosten onder andere betoogt dat deze beperkt moet blijven tot het bedrag dat aan opleiding is besteed en naar evenredigheid van de termijn gedurende welke de werkgever van zijn investering heeft kunnen profiteren moet worden verminderd.

De werknemer is, zo blijkt uit het voorgaande, afhankelijk van de wil van de opdrachtgever (wanneer deze de werknemer niet met inachtneming van het beding in dienst wil nemen) om op art. 6:248 BW en/of art. 6:233 BW een beroep te doen. Terwijl de betreffende werknemer, met name wanneer hij naar verschillende opdrachtgevers wordt uitgezonden c.q. bij verschillende opdrachtgevers wordt gedetacheerd, door bedoeld beding ernstig kan worden beperkt in zijn recht op vrije arbeidskeuze. De vraag die dan ook moet worden gesteld is of inlenersbelemmeringsbedingen wel geldig zijn? Met andere woorden: is zo'n beding niet in strijd met art. 19 lid 3 Grondwet? Het berust immers niet op een 'specifiek formeel-wettelijke basis' die een beperking op het recht op vrije keuze van arbeid mogelijk maakt.

In de literatuur is dan ook verdedigd dat een beding tussen opdrachtgever en werkgever (uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf) waarbij een werknemer indirect wordt belemmerd (inlenersbelemmeringsbeding) in zijn recht op vrije keuze van arbeid, doordat het de opdrachtgever ingevolge dit beding op straffe

67 Grapperhaus 2000, p. 430 brengt terecht het element van een redelijke winstmarge in, daar dit essentieel lijkt voor het bestaan van een uitzendbureau/detacheringsbureau.

68 Vgl. Grapperhaus, 2000, p. 430 en HR 10 juni 1983, NJ 1983, 796. Zie ook Rb. 's Gravenhage 4 december 2002, JAR 2003, 9.

69 Grapperhaus 2000, p. 430.

70 HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, Jur. 1995, p. I-4921.

van een boete verboden is met de betreffende werknemer een dienstverband aan te gaan, niet rechtsgeldig is.⁷¹

Daartegen kan worden aangevoerd dat een inlenersbelemmeringsbeding niet een *beperking* als bedoeld in art. 19 lid 3 Grondwet is, maar een *begrenzing* tengevolge van ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. De mogelijkheid om arbeidskrachten in te lenen is gebruikelijk geworden en uitleners moeten hier aan kunnen verdienen.⁷² Een dergelijke *begrenzing* zou dan niet ongeldig zijn op grond van art. 19 lid 3 Grondwet.

Daar komt nog bij dat sinds de inwerkingtreding van de Waadi met ingang van 1 juli 1998 een verbod op het sluiten van bovenbedoeld inlenersbelemmeringsbeding is vervallen. Tot die tijd bestond een zogenaamd belemmeringsverbod. Art. 93 lid 1 Arbeidsvoorzieningswet verbodde, zoals onder 4.1 al gezegd, om bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten ‘aan de ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan’.

In de jurisprudentie werd aangenomen dat op grond van dit artikel ook het zogenaamde inlenersbelemmeringsbeding nietig was. Zo’n beding vormde immers indirect een, als in art. 93 lid 1 onder a Arbeidsvoorzieningswet bedoelde, verboden belemmering.⁷³ Een verbod waarvan de (indirecte) overtreding mijn inziens niet tot nietigheid zou hebben moeten leiden maar tot vernietigbaarheid omdat het strekte tot bescherming van de ter beschikking gestelde arbeidskracht (art. 3:40 lid 2).⁷⁴

Omtrent het niet handhaven van het belemmeringsverbod wordt in de parlementaire geschiedenis onder andere opgemerkt dat het verbod enerzijds betrekking had ‘op de arbeidsverhouding tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht en anderzijds op de verhouding tussen het uitzendbureau en de inlener’. En dat een ‘apart publiekrechtelijk verbod gericht tot degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt’ niet meer nodig is, ‘omdat op grond van het algemene overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen onredelijk bezwarende bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden’.⁷⁵ En voor ‘zover er tussen de uitzendonderneming en de opdrachtgever een geschil ontstaat over een indirect belemmeringsbeding, kan dat beoordeeld worden op grond van art. 6:248 van het Burgerlijk Wetboek’.⁷⁶

Uit voorgaande blijkt dat ook de wetgever er niet van uitgaat dat een inlenersbelemmeringsbeding als zijnde in strijd met de Grondwet ongeldig is. Ook het in de literatuur⁷⁷ wel verdedigde standpunt dat bedoeld beding

71 Frikkee & Jakimowicz 2002, p. 256. Zie ook Grapperhaus 2000, p. 430.

72 Vgl. Grapperhaus 2000, p. 430.

73 Rb. Zutphen 29 januari 1998, *JAR* 1998, 65.

74 Vgl. HR 4 april 2003, *JAR* 2003, 107.

75 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 264, nr. 133b, p. 4 (MvA).

76 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 4 (Brief MvJ).

77 L.V. Sloot, ‘Het indirecte belemmeringsbeding: de vergeten zedelijkheidstoets’, *NbBW* 2003, p. 2-5.

mogelijk in strijd zou zijn met de 'goede zeden'(art. 3:40 BW) lijkt, op grond van het voorgaande, niet houdbaar.

Dit betekent dat de betreffende werknemer in beginsel afhankelijk is van de wil van de inlener om een beroep op 6:248 lid 2 BW en/of 6:233 BW te doen wanneer deze inlener niet bereid is de werknemer met inachtneming van het beding in dienst te nemen.

In beginsel, onder omstandigheden kan de uitzendwerknemer wel iets doen tegen het inlenersbelemmeringsbeding.

In zijn noot onder HR 17 oktober 1980 schrijft Alkema dat onder andere art. 1 Europees Sociaal Handvest en art. 6 Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten voor de feitenrechter gevolgen hebben voor bijvoorbeeld de vaststelling van onbetamelijkheid.

Ik sluit mij hier graag bij aan, waarbij ik nog wil opmerken dat hetzelfde kan gelden voor art. 19 lid 3 Grondwet en art. 1 Europees Sociaal Handvest (herzien). Zo zou een werkgever jegens een werknemer, mede gezien de bovenbedoelde transnationale moraal van vrije arbeidskeuze, in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid kunnen handelen wanneer hij de betreffende werknemer geen verlenging van zijn arbeidscontract aanbiedt maar zich jegens de inlener waar de betreffende werknemer in dienst zou kunnen treden wel op het inlenersbelemmeringsbeding beroept, ten gevolge van welk beroep laatstgenoemde van indienstneming van de betreffende werknemer afziet. Voor handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid is bovendien vereist dat bedoelde werkgever, op het moment dat hij zich op het inlenersbelemmeringsbeding beroept, behoort te beseffen dat de inlener, ten gevolge van bedoeld beroep op het hier bedoelde beding, van indienstneming van de betreffende werknemer zal afzien.⁷⁸ De betreffende werknemer zou dan met een beroep op art. 6:162 BW jo 3:296 BW kunnen vorderen dat de rechter de betreffende werkgever een verbod oplegt om een beroep, als zijnde in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, op het inlenersbelemmeringsbeding te doen.⁷⁹

5 CONCLUSIE

Een belemmeringsbeding is een beding in de arbeidsovereenkomst tussen een uitzendwerkgever/detacheringswerkgever en een uitzendwerknemer/detacheringswerknemer, dat verbiedt dat de bedoelde werknemer binnen een bepaalde periode rechtstreeks bij de opdrachtgever (inlener, klant van de uitzendwerkgever/detacheringswerkgever) in dienst treedt.

⁷⁸ Vgl. HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141 m.nt. GJS en EAA.

⁷⁹ Vgl. Hof Arnhem 13 december 2005, *JAR* 2006, 31 (zie noot 53).

Het is een beding waarbij de werknemer wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn en is dus een beding in de zin van art. 7:653 BW (concurrentiebeding).

Bedoeld beding moet berusten op een zorgvuldige belangenafweging tussen uitzend- werknemer / detacheringswerknemer en uitzendwerkgever / detacheringswerkgever en moet zo min mogelijk beperkend zijn voor het recht op vrije keuze van arbeid. De rechter zal steeds aan de hand van art. 7:653 lid 2 BW de geoorloofdheid van het betreffende beding, op vordering van de werknemer, moeten kunnen beoordelen.

Daarbij staat voorop dat deze bedingen ten aanzien van tijdelijke arbeidsrelaties in beginsel vernietigd zouden moeten worden. Bedoeld beding beperkt het recht op vrije keuze van arbeid verregaand, terwijl de werkgever zijn belangen op andere wijze kan behartigen.

Voor vernietiging zou mogelijk minder plaats zijn indien de werknemer en de werkgever een billijke vergoeding, als compensatie voor de beperking van het recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze, overeenkomen.

Een inlenersbelemmeringsbeding is een beding tussen een uitzendbedrijf respectievelijk een detacheringsbedrijf en een opdrachtgever volgens welk de opdrachtgever bij rechtstreekse indienstneming van de uitzendkracht, binnen een bepaalde periode na aanvaarding van de uitzending, aan het uitzendbedrijf een bepaalde vergoeding verschuldigd is respectievelijk het de opdrachtgever zonder toestemming van het detacheringsbedrijf verboden is de betreffende werknemer, gedurende een bepaalde periode na beëindiging van de opdracht, in dienst te nemen, bij overtreding van welk verbod de opdrachtgever een boete verschuldigd is.

Hoewel het hier bedoelde beding niet berust op een 'specifiek formeel-wettelijke basis' die een beperking op het recht op vrije keuze van arbeid mogelijk maakt, is het in beginsel niet in strijd met art. 19 lid 3 Grondwet. Het gaat immers niet om een beperking van het recht op vrije keuze van arbeid welke op een specifiek formeel-wettelijke bepaling dient te berusten als bedoeld in art. 19 lid 3 Grondwet, maar om een begrenzing ten gevolge van ontwikkelingen op de arbeidsmarkt.

Wel zal zo een beding onder omstandigheden vernietigd kunnen worden (art. 6:233 BW) of kan een beroep erop onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

De werknemer die door bedoeld beding in zijn recht op vrije keuze van arbeid wordt beperkt is echter afhankelijk van de wil van de inlener – wanneer deze laatste de werknemer niet met inachtneming van het beding in dienst wil nemen – om een beroep op art. 6:233 BW of 6:248 lid 2 BW te doen.

Onder omstandigheden zal de betreffende werknemer op grond van art. 6:162 BW jo 3:296 BW kunnen bewerkstelligen dat het de uitzendwerkgever / detacheringswerkgever wordt verboden een beroep op het inlenersbelemmeringsbeding te doen daar, onder de hiervoor genoemde omstandigheden, een

dergelijk beroep mede gezien de transnationale moraal (vrije keuze van arbeid) jegens de betreffende werknemer in strijd is met de maatschappelijke betamelijkheid.

6 | Techniek en moraal in het octrooirecht

P.A.C.E. van der Kooij[■]

1 INLEIDING

Een opstel met de woorden ‘techniek’ en ‘octrooirecht’ in de titel heeft iets van een pleonasme. In het octrooirecht draait immers alles om techniek. In het kader van de thematiek van deze bundel heeft ‘techniek’ echter de betekenis van wetgevingstechniek, waarbij bijvoorbeeld gedacht moet worden aan het opstellen, implementeren en interpreteren van bepalingen in EG-richtlijnen.

In het onderstaande komt het ook in het octrooirecht gehanteerde begrip-penpaar openbare orde en goede zeden ter sprake, in het bijzonder in verband met de totstandkoming en implementatie in de nationale wetgeving van de EG-richtlijn biotechnologie. Onderzocht zal onder andere worden, of en in hoeverre het tot stand brengen van de Richtlijn heeft geleid tot de incorporatie van een, van het nationale recht afwijkende, Europese moraal in het nationale recht en als gevolg daarvan ‘morele tegenstromen’ heeft opgeroepen.

Paragraaf 2 bespreekt daartoe allereerst de nationale dimensie, met aandacht voor de openbare orde en goede zeden in de Nederlandse octrooiwetgeving sinds 1910. In paragraaf 3 komt vervolgens de internationale dimensie aan bod, waarbij achtereenvolgens de opkomst van de biotechnologie, de totstandkoming van de eerder genoemde Richtlijn en de implementatie daarvan in de lidstaten ter sprake zullen komen. Paragraaf 4 besteedt aandacht aan de vraag naar het nut van het in de Richtlijn vastleggen van (de betekenis van) vage normen zoals openbare orde en goede zeden, alsmede aan de vraag naar de mogelijke invloed van een en ander op de commerciële exploitatie van een geoctrooieerde uitvinding. De conclusie staat in paragraaf 5.

■ P.A.C.E. van der Kooij is universitair hoofddocent Intellectueel eigendomsrecht bij de afdeling ondernemingsrecht, Universiteit Leiden.

2 DE NATIONALE DIMENSIE

2.1 Octrooiwet 1910

Al in art. 30 lid 1 van de Octrooiwet (vanaf 1968 Rijksoctrooiwet) 1910¹ was het monopolie van de octrooihouder in positieve bewoordingen omschreven. Volgens de bepaling gaf een octrooi de octrooihouder, kort gezegd, het uitsluitend recht het geoctrooieerde voortbrengsel te vervaardigen, te gebruiken en te verhandelen, respectievelijk de geoctrooieerde werkwijze toe te passen. Niettegenstaande deze positieve toonzetting werd (en wordt) het recht van de octrooihouder vooral als een ‘negatief’ recht, een verbodsrecht, gezien: het octrooirecht biedt met name de mogelijkheid om aan derden het verrichten van handelingen als de zojuist genoemde te verbieden, zonder dat dit steeds per definitie meebrengt dat de octrooihouder die handelingen wel zélf mag uitvoeren.² Immers, het exploiteren van een door een octrooi beschermde uitvinding kan heel wel door *andere* wetgeving geheel of gedeeltelijk, en tijdelijk of voorgoed, aan banden gelegd worden: het op de markt brengen bijvoorbeeld van een beschermd geneesmiddel kan verboden worden indien uit nader onderzoek blijkt dat het schadelijke bijwerkingen heeft.

Zó beschouwd heeft men zich al lang geleden afgevraagd, of het eigenlijk wel enig nut zou hebben de mogelijkheid van octrooiering voor bepaalde uitvindingen zonder meer uit te sluiten. De Octrooiwet 1910 kende namelijk een art. 5, dat als volgt luidde: ‘Geen octrooi wordt verleend voor voortbrengselen of werkwijzen, welke zelve of welker doel in strijd zijn met de wetten, de openbare orde of de goede zeden.’³ Men dacht hierbij kennelijk in het algemeen aan uitvindingen die, kort gezegd, grote maatschappelijke onrust zouden kunnen veroorzaken respectievelijk de eerbaarheid zouden kwetsen. Geijkte voorbeelden zijn sinds jaar en dag het ingenieuze martelwerktuig en de verbeterde bombrief.

Reeds in 1912 bracht Moorrees zijn twijfel omtrent de zin van deze bepaling als volgt onder woorden:⁴

‘Ik kan mij niet voorstellen dat er iets zou kunnen worden uitgedacht waarvan de toepassing, in het algemeen samengevat, de maatschappelijke orde noodzakelijk zou moeten verstoren en waartegen dan in de gewone wetten geen straf zou zijn bedreigd.’

1 Wet van 7 november 1910, *Stb.* 1910, 313.

2 Zie bijv. reeds B.M. Telders, *Nederlandsch Octrooirecht – Handboek voor de Praktijk*, 2^e druk bewerkt door C. Croon, ‘s-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1946, p. 293; E.A. van Nieuwenhoven Helbach, J.L.R.A. Huydecoper & C.J.J.C. van Nispen, *Industriële eigendom, Deel 1, Bescherming van technische innovatie*, Deventer: Kluwer 2002, p. 122 e.v.

3 Zie over de betekenis van deze begrippen bijv. ook J. Straus, ‘Biotechnologische Erfindungen – ihr Schutz und seine Grenzen’, *GRUR* 1992, p. 260 e.v. Zie ook hierna, par. 3.1.

4 W. Moorrees, *Het octrooirecht, deel I*, ‘s-Gravenhage: Mouton & Co 1912, p. 47.

Anderen, zoals Drucker en Telders, zijn Moorrees hierin in zoverre gevolgd, dat zij voor art. 5 alleen dan een rol weggelegd zagen, indien het bewuste voortbrengsel of zijn bestemming *noodzakelijk* ongeoorloofd zou zijn.⁵

Hoe dit ook zij, als de welbekende stok achter de deur heeft art. 5 Octrooiwet mogelijk toch enig – zij het niet meetbaar – nut gehad. In de woorden van Moorrees:⁶

‘In het dagelijksch leven spreekt men echter behalve óók met bewondering dikwijls met eenige eigenaardige reserve over uitvinders en in dien gedachtengang komt het mij begrijpelijk voor dat men, zich afvragende wat zoo’n rare gast al niet zou kunnen bedenken, het noodig vindt een extra ruime nooddeur in de wetgeving aan te brengen.’

Van daadwerkelijke toepassing van de bepaling is het echter, voorzover bekend, maar één keer gekomen. In dat geval was octrooi aangevraagd voor een smeltdraad, die tegen betrekkelijk geringe kosten kon worden vervaardigd. De aanvraagster had daarbij echter op de koop toe genomen het nadeel, dat niet zeker was dat de draad bij kortsluiting op de gewenste plaats zou door-smelten. De Afdeling van Beroep overwoog dan ook:⁷

‘(...) dat evenwel in een dergelijk geval een punt van overweging dient uit te maken of de Octrooiraad wel octrooi kan verleen, daar, indien de voorgestelde veiligheid in werkelijkheid onveilig blijkt te zijn, een dergelijk gevaarlijk voortbrengsel in strijd zou zijn met de openbare orde (...)’

Sinds 1977 luidde de tekst van art. 5 als volgt:

‘Geen octrooi wordt verleend voor voortbrengselen of werkwijzen, waarvan het openbaar worden strijdig zou zijn met de openbare orde of de goede zeden.’

Hierdoor werd dus benadrukt, dat de loutere openbaarmaking van een bedenkelijke uitvinding deze al in de gevarenzone kon doen belanden.

2.2 Rijsoctrooiwet 1995

Op 1 april 1995 trad voor ons land een nieuwe octrooieregeling in werking.⁸ De komst van de nieuwe wet vond zijn oorzaak vooral in internationale

5 W.H. Drucker, *Handboek voor de studie van het Nederlandsche Octrooirecht in vergelijking met het buitenlandsche recht*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1924, p. 132; Telders 1946, p. 112. Zie ook hierna, voetnoot 34.

6 Moorrees 1912, p. 47.

7 Octrooiraad, Afdeling van Beroep, 21 februari 1944, *BIE* 1946, 57.

8 Wet van 15 december 1994, *Stb.* 1995, 51.

ontwikkelingen, waarvan behandeling het bestek van deze bijdrage te buiten zou gaan.⁹ In overeenstemming met art. 53 onder a van het Europees Octrooi-verdrag (EOV) bepaalde art. 3 onder a ROW 1995:

‘Niet vatbaar voor octrooi zijn: a. uitvindingen waarvan de openbaarmaking of toepassing in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden (...).’

Weer een iets andere redactie dus, waarvan overigens wel wordt aangenomen dat het verschil met de oude omschrijving (waarin alleen het openbaar worden werd genoemd), slechts marginaal is en in de praktijk niet tot andere uitkomsten zal leiden.¹⁰

Zoals we aanstonds zullen zien, veranderde de bewuste tekst onlangs nogmaals, nu onder invloed van de EG-richtlijn biotechnologie. Ook voor art. 53 onder a EOV en art. 3 onder a ROW 1995 gold dat deze bepalingen in de praktijk jarenlang slechts een sluimerend bestaan leidden.

3 DE INTERNATIONALE DIMENSIE

3.1 Opkomst biotechnologie; eerste ‘Europese’ jurisprudentie

In die situatie kwam verandering door de opkomst van de biotechnologie, die de mens in staat stelde via genetische manipulatie-technieken steeds gericht in te grijpen in de natuur, in het bijzonder in het DNA van plant, dier en mens. Hoewel deze ontwikkelingen zich uiteraard op mondiaal niveau voordeden (met spraakmakende uitspraken vanaf, ruwweg, het eind van de zestiger jaren van de vorige eeuw), noem ik hier kortheidshalve alleen een tweetal ‘Europese’ beslissingen waarin het begrippenpaar openbare orde en goede zeden een rol speelde.

In de geruchtmakende zaak betreffende de *Harvard-muis* was sprake van een octrooiaanvraag voor, kort gezegd, een zodanig genetisch gemanipuleerde muis, dat in zijn lichaam in versneld tempo kankercellen tot ontwikkeling werden gebracht, dit met het oog op het onderzoek naar nieuwe geneesmiddelen. Gevraagd naar de eventuele strijdigheid van een dergelijke uitvinding met de openbare orde of goede zeden overwoog de Kamer van Beroep van het Europees Octrooibureau (EOB) als volgt:¹¹

9 Zie bijv. P.A.C.E. van der Kooij en S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2005, p. 25.

10 Zie HvJEG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, NJ 2002, 161 (Koninkrijk der Nederlanden/Europees Parlement en Raad van de EU), r.o. 62: ‘Bij gebreke van concrete voorbeelden van het tegendeel lijkt het redelijk aan te nemen, dat het geen verschil maakt of nu de openbaarmaking, de toepassing dan wel de commerciële exploitatie van een bepaalde uitvinding in strijd met de openbare orde of de goede zeden wordt geacht.’

11 KvB EOB 3 oktober 1990, zaak T 19/90, OJ EPO 1990, 476 (Onco Mouse/Harvard II).

‘Under the heading “Considerations under Article 53(a) EPC” in the contested decision, the Examining Division argued that patent law is not the right legislative tool for regulating problems arising in connection with genetic manipulation of animals. The Board considers, however, that precisely in a case of this kind there are compelling reasons to consider the implications of Article 53(a) EPC in relation to the question of patentability. The genetic manipulation of mammalian animals is undeniably problematical in various respects, particularly where activated oncogenes are inserted to make an animal abnormally sensitive to carcinogenic substances and stimuli and consequently prone to develop tumours, which necessarily cause suffering. There is also a danger that genetically manipulated animals, if released into the environment, might entail unforeseeable and irreversible adverse effects. Misgivings and fears of this kind have been expressed by a number of persons who have filed observations with the Board under Article 115 EPC. Considerations of precisely this kind have also led a number of Contracting States to impose legislative control on genetic engineering. The decision as to whether or not Article 53(a) EPC is a bar to patenting the present invention would seem to depend mainly on a careful weighing up of the suffering of animals and possible risks to the environment on the one hand, and the invention’s usefulness to mankind on the other. It is the task of the department of first instance to consider these matters in the context of its resumed examination of the case.’

Geen *per se* uitsluiting van bescherming derhalve, maar een afweging van geval tot geval. In een zaak van enkele jaren later, waarin plantaardig materiaal genetisch was gemanipuleerd, ging de Kamer van Beroep nader op de ‘Europese’ betekenis van de begrippen openbare orde en goede zeden in. Het college overwoog:¹²

‘5. It is generally accepted that the concept of “ordre public” covers the protection of public security and the physical integrity of individuals as part of society. This concept encompasses also the protection of the environment. Accordingly, under Article 53(a) EPC, inventions the exploitation of which is likely to breach public peace or social order (for example, through acts of terrorism) or to seriously prejudice the environment are to be excluded from patentability as being contrary to “ordre public”.

6. The concept of morality is related to the belief that some behaviour is right and acceptable whereas other behaviour is wrong, this belief being founded on the totality of the accepted norms which are deeply rooted in a particular culture. For the purposes of the EPC, the culture in question is the culture inherent in European society and civilisation. Accordingly, under Article 53(a) EPC, inventions the exploitation of which is not in conformity with the conventionally-accepted standards of conduct pertaining to this culture are to be excluded from patentability as being contrary to morality.’

12 KvB EOB 21 februari 1995, zaak T 356/93, *OJ EPO* 1995, 545 (Plant cells/Plant Genetic Systems).

Een aanzet voor een transnationale benadering van het begrippenpaar was hiermee gegeven. Het hiervóór gebruikte woord 'Europees' zag echter strikt genomen nog niet op de Europese Gemeenschap: bij het EOV zijn wel alle EG-lidstaten partij, maar het verdrag staat als zodanig los van de EG, nu ook enkele andere Europese landen zich erbij hebben aangesloten.

3.2 EG-richtlijn biotechnologie

Met de opkomst van de biotechnologie deed de behoefte aan doeltreffende bescherming van uitvindingen op dat gebied zich steeds sterker voelen. De Commissie constateerde op dit punt niet alleen grote verschillen tussen de lidstaten onderling, maar ook tussen de EG enerzijds en landen als de V.S. en Japan anderzijds. Gezien het grote belang van de biotechnologie voor de toekomst van de Gemeenschap nam de Commissie daarom het initiatief voor een ontwerp-richtlijn betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen.¹³ Het zou het beginpunt vormen van een roerige totstandkomingsgeschiedenis die niet minder dan tien jaar zou duren. Zeer kort samengevat, en toegespitst op het onderwerp van deze bijdrage, gebeurde het volgende.

Het eerste voorstel liet zich in het geheel niet uit over uitvindingen waarvan de openbaarmaking of toepassing strijdig zou zijn met de openbare orde of goede zeden. Slechts één passage in de artikelsgewijze toelichting raakt aan deze begrippen:¹⁴

'Aangezien uitvindingswerkzaamheid onveranderlijk gepaard gaat met een menselijk ingrijpen in natuurlijke processen of voortbrengselen van de natuur, is er geen reden om bescherming te onthouden aan uitvindingen die betrekking hebben op levende materie, voorzover niet aan de menselijke sfeer zelf wordt geraakt (dit laatste voorbehoud, dat op overwegingen van openbare orde berust, heeft evenwel reeds zijn vaste plaats in het octrooirecht, getuige artikel 52, lid 4, EOV).'

Het Economisch en Sociaal Comité wees er vervolgens in zijn advies inzake het richtlijnvoorstel op, dat de uitbreiding van de octrooieerbaarheid tot levende materie 'in bepaalde gevallen ethische problemen met zich mee kan brengen', waarbij met name werd gedacht aan mogelijke neveneffecten op dieren en aan de pijn die zij zouden kunnen lijden. Ook vond het Comité het 'jammer' dat de mens niet uitdrukkelijk was vermeld als zijnde niet vatbaar voor octrooiering.¹⁵

13 COM(88)496 def./SYN 159 d.d. 21 oktober 1988.

14 COM(88)496, p. 32. De genoemde bepaling sluit onder meer geneeskundige behandelings- en diagnosemethoden van octrooibescherming uit.

15 Advies d.d. 26 april 1989, *PbEG* d.d. 26 juni 1989, C 159/10, sub 2.15.

Deze op- en aanmerkingen verbleekten bij de stortvloed van kritiek die het Europees Parlement op zijn beurt naar voren bracht. De Commissie juridische zaken en rechten van de burger, die het voorstel op verzoek van het Parlement had onderzocht, kwam in haar tweede verslag met liefst 51 amendementen op de proppen (op een richtlijnvoorstel van 21 artikelen), waarin onder meer veel aandacht voor ethische kwesties werd gevraagd.¹⁶ Nadat het Parlement met veel van deze amendementen had ingestemd, maakte de Commissie kenbaar deze niet te aanvaarden. Hernieuwd overleg binnen de Commissie juridische zaken en rechten van de burger was het resultaat, gevolgd door tal van nieuwe (compromis)amendementen.¹⁷

Kort daarop bracht de Commissie een Gewijzigd voorstel voor een richtlijn uit.¹⁸ In de Algemene toelichting merkte zij op, dat uit besprekingen duidelijk was gebleken dat de loutere verwijzing naar de begrippen openbare orde en goede zeden niet voldoende was en dat het noodzakelijk was om deze 'klassieke grond van niet-vatbaarheid voor octrooiering' aan te vullen met duidelijker richtsnoeren voor de nationale octrooibureaus en rechters. Verderop in deze toelichting spreekt de Commissie over het wezenlijke belang om in het octrooi-recht bepaalde '*onoverschrijdbare grenzen*' te trekken. In het nieuw voorgestelde art. 2 lid 3 werd dan ook een drietal van dergelijke 'grenzen' genoemd:

- 'a. het menselijk lichaam of delen van het menselijk lichaam als zodanig;
- b. werkwijzen tot modificatie van de genetische identiteit van het menselijk lichaam die een niet-therapeutisch doel hebben en in strijd zijn met de menselijke waardigheid;
- c. werkwijzen tot modificatie van de genetische identiteit van dieren die bij hen lijden of lichamelijke schade veroorzaken die geen nut hebben voor mens of dier.'

Met de komst van het Gewijzigd voorstel was de eindstreep echter nog lang niet bereikt. In maart 1995 verwierp het Europees Parlement het in zijn geheel, in het bijzonder omdat de passages over de niet-octrooieerbaarheid van (delen van) het menselijk lichaam niet ver genoeg gingen dan wel onduidelijk werden bevonden. Een nieuw ontwerp van de Commissie zag eind 1995 het licht; het zou in het voorjaar van 1997 wederom voorwerp van felle debatten worden.¹⁹

16 PE 156.257/def. d.d. 26 maart 1992.

17 Zie voor een overzicht van oude en nieuwe voorstellen: *PbEG* d.d. 23 november 1992, C 305/163.

18 COM(92)589 def. – SYN 159, d.d. 16 december 1992.

19 Een kleine greep uit de enorme hoeveelheid literatuur over de wordingsgeschiedenis van de richtlijn: J. Straus, 'Ethische, rechtliche und wirtschaftliche Probleme des Patent- und Sortenschutzes für die biotechnologische Tierzüchtung und Tierproduktion', *GRUR Int.* 1990, p. 913 e.v.; J.L.R.A. Huydecoper, 'De gepatenteerde muis: (octrooi)bescherming en levende materie', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1991, p. 402 e.v.; J. Straus 1992, p. 252 e.v.; J. Thurston, 'Recent EC Developments in Biotechnology', *EIPR* 1993, p. 187 e.v.; R. Moufang, 'Patentierung menschlicher Gene, Zellen und Körperteile? Zur ethischen Dimension des Patentrechts', *GRUR Int.* 1993, p. 439 e.v.; G. van Overwalle, *Octrooieerbaarheid van plantenbio-*

De uiteindelijk medio 1998 tot stand gekomen Richtlijn²⁰ geeft in de considerans (overweging 38) aan, dat het van belang is om in deze regeling een *indicatieve, niet-limitatieve lijst* op te nemen van uitvindingen die van octrooiering zijn uitgesloten, teneinde de nationale rechters en octrooibureaus algemene richtsnoeren te verschaffen voor de interpretatie van het criterium openbare orde en goede zeden. Overweging 39 vervolgt:

‘(...) dat de openbare orde en de goede zeden met name overeenstemmen met ethische en morele beginselen die in een lidstaat worden erkend en die in het bijzonder op het gebied van de biotechnologie moeten worden gerespecteerd, gezien de potentiële gevolgen van uitvindingen op dit gebied en hun inherente relatie met levend materiaal; dat dergelijke ethische en morele beginselen een aanvulling vormen bij de gebruikelijke juridische onderzoeken van het octrooirecht ongeacht het technische gebied van de uitvinding (...).’

Art. 6 lid 1 Richtlijn bepaalt thans, in overeenstemming trouwens met art. 27 lid 2 van het in 1996 in werking getreden TRIPS-Verdrag,²¹ dat uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie strijdig zou zijn met de openbare orde of de goede zeden, van octrooierbaarheid worden uitgesloten, waarbij de toepassing niet als strijdig hiermee mag worden beschouwd op grond van het loutere feit dat deze bij een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling wordt verboden.²²

De niet-limitatieve lijst staat in art. 6 lid 2:

‘Uit hoofde van lid 1 worden met name niet-octrooierbaar geacht:

- a. werkwijzen voor het klonen van mensen;
- b. werkwijzen tot wijziging van de germinale genetische identiteit van de mens;
- c. het gebruik van menselijke embryo's voor industriële of commerciële doeleinden;
- d. de werkwijzen tot wijziging van de genetische identiteit van dieren die geëigend zijn deze te doen lijden zonder aanzienlijk medisch nut voor mens of dier op te leveren, alsmede de dieren die uit dergelijke werkwijzen zijn verkregen.’

De considerans definieert in overweging 42 het klonen van mensen (sub a) als: elke werkwijze, met inbegrip van de technieken voor de splitsing van

technologische uitvindingen, Brussel: Bruylant 1996, p. 146-150; M. Llewelyn, ‘The Legal Protection of Biotechnological Inventions: An Alternative Approach’, *EIPR* 1997, p. 115 e.v.; S.J.R. Bostyn, ‘Octrooieren van klonen en andere biologische merkwaardigheden. De EU Ontwerprichtlijn biotechnologische uitvindingen’, *BIE* 1997, p. 403 e.v.; H.W. Raven, ‘Nieuwe ronde voor ontwerp-biotechnologierichtlijn’, *NTER* 1997, p. 16 e.v.

20 Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, *PbEG* d.d. 30 juli 1998, L 213/13.

21 Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom d.d. 15 april 1994, bijlage 1c bij het Wereldhandelsverdrag, *Trb.* 1995, 130.

22 Deze laatste zinsnede komt inhoudelijk overeen met een reeds lang geleden in art. 4quater van het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom (laatstelijk *Trb.* 1970, 187) neergelegde regel.

embryo's, die ten doel heeft een mens voort te brengen die in de cellkernen dezelfde genetische informatie bezit als een ander levend dan wel overleden wezen. Onder germinale gentherapie (sub b) verstaat men de techniek die beoogt een genetische afwijking gericht te corrigeren door een defect gen te vervangen door een normaal gen, waardoor een *erfelijke* genetische verandering teweeggebracht wordt. Kennelijk acht men dit momenteel nog 'een brug te ver', anders dan de zogenaamde somatische gentherapie die beoogt lichaamscellen te genezen zonder de kiemcellen te wijzigen.²³ Ook het sub c genoemde geval heeft een beperkte draagwijdte: het sluit uitvindingen met een *therapeutisch of diagnostisch* doel, die toegepast worden op en nuttig zijn voor het menselijk embryo *niet* van octrooiering uit. Het sub d gestelde is met name ingegeven door zaken als die betreffende de hiervoor genoemde *Harvard-muis*.²⁴

De Raad van Bestuur van het EOB besloot op 16 juni 1999 een aantal bepalingen uit de Richtlijn vrijwel integraal over te nemen in Rules 23b e.v. van het Uitvoeringsreglement bij het EOv, zodat deze ook voor een aantal andere Europese landen van kracht werden.²⁵ Met betrekking tot de overname van art. 6 merkten de *Guidelines* van het EOB op:²⁶

'The purpose of this is to exclude from protection inventions likely to induce riot or public disorder, or to lead to criminal or other generally offensive behaviour. (...) In general, this provision is likely to be invoked only in rare and extreme cases. A fair test to apply is to consider whether it is probable that the public in general would regard the invention as so abhorrent that the grant of patent rights would be inconceivable.'

3.3 Implementatieperikelen

Nederland

Was de totstandkoming van de Richtlijn al een 'gebed zonder eind', de daaropvolgende implementatie in de wetgeving van de lidstaten verliep eveneens zeer moeizaam. Kennelijk was en bleef de problematiek controversieel. Om een indruk te geven van de 'voortgang' van de respectievelijke wetgevingsprocedures: op 30 juli 2000 (de datum van definitieve implementatie volgens art. 15 lid 1 Richtlijn) was de parlementaire behandeling pas in een viertal

23 COM(92)589 def. – SYN 159 d.d. 16 december 1992, p. 8.

24 Zie respectievelijk overweging 42 van de considerans van de Richtlijn en COM(92)589, p. 10.

25 Inwerkingtreding 1 september 1999, *OJ EPO* 1999, p. 437 e.v.

26 *Guidelines*, EOB, part C, chapter IV, 3.1 <www.european-patent-office-org>.

lidstaten geheel of grotendeels afgerond; eind 2004 was dit in vijf lidstaten ('oude' wel te verstaan) nog steeds niet geschied.²⁷

De vertraging werd in elk geval in een aantal landen mede veroorzaakt door een bijzondere actie van Nederlandse zijde: een verzoek aan het Hof van Justitie, ondersteund door Italië en Noorwegen, tot *nietigverklaring* van de Richtlijn. Uiteindelijk wees het Hof dit verzoek af.²⁸ Het zou te ver voeren de uitspraak hier volledig te behandelen.²⁹ Ik volsta met vermelding van het derde middel, de opvatting van Advocaat-Generaal Jacobs en de overwegingen van het Hof dienaangaande.

Volgens de Nederlandse regering droeg de Richtlijn bij tot vergroting van de in de considerans genoemde onzekerheden en was zij derhalve in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. De Richtlijn verleende de nationale autoriteiten immers discretionaire bevoegdheden bij de uitvoering van algemeen en dubbelzinnig geformuleerde begrippen als de openbare orde en de goede zeden in art. 6.

In zijn instructieve conclusie voorafgaand aan het arrest wees de A-G onder meer op het feit dat het begrip openbare orde van oudsher een belangrijke plaats inneemt in het EG-Verdrag, en dat het Hof van Justitie ten aanzien van de term openbare zedelijkheid al geruime tijd geleden heeft geoordeeld, 'dat elke lidstaat bevoegd is om de vereisten van de openbare zedelijkheid op zijn grondgebied te bepalen overeenkomstig zijn eigen waardesysteem en in de door hem gekozen vorm'.³⁰ Hij voegde daaraan toe, dat deze bevoegdheid van de lidstaten:³¹

'thans wellicht met enige voorzichtigheid moet worden gezien. Op dit gebied zoals ook op vele andere zijn gemeenschappelijke opvattingen in de loop der jaren aan verandering onderhevig. Wellicht is het thans juist ervan uit te gaan, dat de ethische dimensie van sommige van de kernvragen die binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen, wordt beheerst door gemeenschappelijke opvattingen. (...) Het feit dat sommige ethische vragen wellicht juist worden beoordeeld tegen de achtergrond van de cultuur van een bepaalde lidstaat en dat voor andere vragen gemeenschappelijke opvattingen kunnen bestaan, staat mijns inziens evenwel – hier noch elders – een bepaalde harmonisatie niet in de weg.'

Het Hof van Justitie ging op dit punt echter niet uitdrukkelijk in. Het overwoog als volgt:

27 Vgl. G. van Overwalle, 'Van groene muizen met rode oortjes: de EU-Biotechnologie-richtlijn en het Belgisch wetsontwerp van 21 september 2004', *I.R.D.I.* 2004, p. 361.

28 HvJEG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, *NJ* 2002, 161 (Koninkrijk der Nederlanden/Europees Parlement en Raad van de EU).

29 Zie over het arrest bijv. S.J.R. Bostyn, 'Het sprookje is uit (EG Hof beslissing inzake Biotechnologie richtlijn)', *BIE* 2001, p. 392 e.v.

30 Zie o.m. HvJEG 14 december 1979, zaak 34/79, *Jur.* 1979, p. 3795 (Henn en Darby).

31 Conclusie A-G Jacobs bij HvJEG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, *NJ* 2002, 161 (Koninkrijk der Nederlanden/Europees Parlement en Raad van de EU), punt 97-102.

‘37. Artikel 6 van de richtlijn, dat uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie strijdig zou zijn met de openbare orde of met de goede zeden, van octrooieerbaarheid uitsluit, laat de bestuurlijke en rechterlijke instanties van de lidstaten zonder twijfel een grote speelruimte bij de toepassing van dit uitsluitingscriterium.

38. Die speelruimte is evenwel nodig om rekening te houden met de bijzondere problemen die de exploitatie van bepaalde octrooien in de sociale en culturele context van de afzonderlijke lidstaten kan oproepen. De nationale regelgevende, bestuurlijke en rechterlijke autoriteiten zijn immers beter dan de gemeenschapsautoriteiten in staat deze context te begrijpen. Overigens is deze clausule, op grond waarvan verlening van een octrooi kan worden geweigerd bij gevaar voor de openbare orde of de goede zeden, in het octrooirecht gebruikelijk en komt [zij] onder meer voor in volkenrechtelijke instrumenten op dit gebied, zoals het Europees Octrooiverdrag.

39. Bovendien houdt de aan de lidstaten gelaten speelruimte geen beoordelingsvrijheid in, aangezien de richtlijn die begrippen afbakent door enerzijds de precisering dat de commerciële exploitatie van een uitvinding niet reeds wegens een wettelijk of bestuursrechtelijk verbod in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, en anderzijds vermelding van vier voorbeelden van werkwijzen en toepassingen die niet octrooieerbaar zijn. Aldus verschaft de gemeenschapswetgever voor de toepassing van die begrippen een leidraad die elders in het algemene octrooirecht niet bestaat.

40. Ten slotte kan een richtlijn niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel worden geacht, wanneer zij voor de uitvoeringsvoorwaarden verwijst naar in het recht van de lidstaten bekende begrippen waarvan zij, zoals in casu, de draagwijdte en de grenzen preciseert, rekening houdend met de specifieke aard van de betrokken materie.

41. Artikel 6 van de richtlijn vergroot derhalve niet de rechtsonzekerheid die deze handeling wil terugdringen.’

Kortom: de lidstaten verdienen in casu volgens het Hof een ‘grote speelruimte’ vanwege sociale en culturele verschillen van land tot land, maar geen ‘beoordelingsvrijheid’, nu de Richtlijn het begrippenpaar afbakent en voorbeelden van ‘verdachte’ werkwijzen geeft. Erg helder lijkt mij overigens het verschil tussen de termen speelruimte en beoordelingsvrijheid niet. ‘Geen *volledige* beoordelingsvrijheid’ was als vertaling misschien al duidelijker geweest, mede gezien de Franse, de Duitse en de Engelse versie van het arrest (‘*marge de manoeuvre* – *marge de manoeuvre discrétionnaire*’, respectievelijk ‘*Spielraum* – nicht unbegrenzter *Spielraum*’ respectievelijk ‘*scope for manoeuvre* – discretionary *scope for manoeuvre*’).

Hoe dit ook zij, in onze eigen Tweede Kamer zijn velen van het begin af aan, ook nog nadat het bovengenoemde arrest gewezen was, van oordeel geweest dat de octrooiëring van levende materie op zoveel mogelijk punten aan banden gelegd diende te worden, onder meer door uitbreiding van de

lijst van voorbeelden zoals opgenomen in art. 6 Richtlijn. De eindstreep werd mede hierdoor pas ruim drie jaar na de uitspraak van het Hof gehaald.³²

Als het aan de meerderheid van de Tweede Kamer had gelegen, was ook van de volgende uitvindingen de commerciële exploitatie in strijd verklaard met de openbare orde of goede zeden:

- a) planten of dieren;
- b) het gebruik van menselijke embryo's (dus zonder de toevoeging: 'voor industriële of commerciële doeleinden');
- c) uitvindingen waardoor inbreuk wordt gemaakt op een aantal artikelen van het Biodiversiteitsverdrag³³ (ten einde zogenaamde biopiraterij te voorkomen, dat is het gebruiken van (kennis van) natuurlijk aanwezige genetische materialen waarvan de werking al geruime tijd bekend en in gebruik is);
- d) werkwijzen die het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten in gevaar brengen of die ernstige schade voor het milieu veroorzaken.

Bovendien vond de Tweede Kamer dat bij a.m.v.b. aanvulling van deze lijst mogelijk gemaakt zou moeten worden, mede gezien de meergenoemde speelruimte.

De Raad van State werd in deze zaak (in juni 2000) om een spoedadvies gevraagd, omdat er een groot verschil van inzicht bleef bestaan tussen de staatssecretaris van economische zaken en de meerderheid van de Kamer. Het college was – met de staatssecretaris – van oordeel, dat het karakter van de Richtlijn dusdanig is, dat de nationale wetgever niet de vrijheid heeft om inzake het onderwerp van de Richtlijn verdergaande regelingen vast te stellen dan de Richtlijn voorschrijft; zij vormt met andere woorden, nu sprake is van totale harmonisatie, een gesloten systeem. Dientengevolge achtte het college de genoemde amendementen a-d in strijd met de Europese regeling respectievelijk niet passend in het stelsel of kader daarvan, mede in verband met andere daarin voorkomende bepalingen. De in art. 6 lid 2 Richtlijn opgenomen uitzonderingen op de octrooieerbaarheid dienden restrictief geïnterpreteerd te worden; een aanvulling als zojuist vermeld onder d zou alleen dan verenigbaar zijn met de Richtlijn indien zou kunnen worden aangetoond – quod non – dat toepassing van een uitvinding die bijvoorbeeld ernstige schade aan het

32 Zie voor een uitvoerige bespreking van de behandeling van het wetsvoorstel (26 568 (R 1638)) in de Tweede Kamer: P.A.C.E. van der Kooij, "Met onwillige honden ..." Over de implementatie van de EGrichtlijn biotechnologie', *Agrarisch recht* 2003, p. 215 e.v.

33 Verdrag inzake biologische diversiteit, Rio de Janeiro 5 juni 1992, *Trb.* 1992, 164; Nederlandse vertaling in *Trb.* 1993, 54.

milieu toebrengt, *onder alle omstandigheden* in strijd zou zijn met de openbare orde of de goede zeden.³⁴

De Tweede Kamer trok zich van deze kritiek echter niets aan en stemde in grote meerderheid vóór de amendementen. Men baseerde zich hierbij onder meer op de hiervoor geciteerde overwegingen van het Hof van Justitie, waarin van 'speelruimte' sprake is, voorts op een vermeende mogelijkheid van relativering van het begrip 'totale harmonisatie', op het standpunt van enkele leden van het Europees Parlement en ten slotte op principiële gronden.³⁵

Het was toen de beurt aan de Eerste Kamer om zich over het wetsvoorstel als geheel uit te spreken. Aldaar werd op een aantal punten wederom de strijdigheid van het voorstel met de Richtlijn geconstateerd. Ter voorkoming van forse 'Brusselse' boetes heeft toen (we schrijven inmiddels juni 2004) de staatssecretaris, op verzoek van de Kamer, een novelle in het vooruitzicht gesteld.³⁶ Aldus kwam toch nog, op 10 november 2004, een aan de Richtlijn aangepaste wet tot stand.³⁷

In art. 3 lid 2 ROW 1995 zijn thans de hiervoor in paragraaf 3.2 genoemde uitzonderingen in verband met openbare orde en goede zeden opgenomen, alsmede het zojuist vermelde amendement sub d). Deze laatste wijziging stuitte uiteindelijk dus niet op onoverkomelijke bezwaren, waarbij doorslaggevend was dat art. 27 lid 2 TRIPS-Verdrag hetzelfde bepaalt, en in de considerans van de Richtlijn (overweging 36) ook op het bestaan van deze bepaling wordt gewezen, terwijl art. 1 lid 2 Richtlijn uitdrukkelijk de verplichtingen voortvloeiend uit genoemd Verdrag onverlet laat. Tot slot bepaalt art. 3 lid 4 ROW 1995, dat bij algemene maatregel van rijksbestuur de lijst, bedoeld in lid 2, kan worden aangevuld met andere uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie in strijd wordt geacht met de openbare orde of de goede zeden.

Andere lidstaten

Zoals al opgemerkt verliep de implementatie in andere landen evenmin geruisloos. Ook in *België* heeft de wetgever er aanvankelijk voor gekozen, in de opsomming van voorbeelden van uitvindingen waarvan de commerciële

34 In dit verband is wel het voorbeeld van springstof genoemd: deze kan op een negatieve, maar ook op een positieve wijze worden aangewend, bijv. in de mijnbouw. Ter vergelijking: in het *kwekersrecht* ontbreekt een bepaling als neergelegd in art. 3 lid 2 ROW 1995 geheel. Een ras van het gewas *Cannabis* (hennep) kan geschikt zijn voor de bereiding van marihuana, maar kan ook vezels leveren voor het maken van touw; daarom zijn rassen van dit gewas niet bij voorbaat en zonder meer van bescherming uitgesloten. Vermelding van hennep in de bij de Opiumwet (laatstelijk *Stb.* 2004, 643) behorende Lijst II doet daaraan niet af. Zie met betrekking tot andere intellectuele eigendoms wetten waarin het begrippenpaar een rol speelt: G.J.H.M. Mom, 'Goede zeden en openbare orde in het intellectuele eigendomsrecht', *IER* 1995, p. 93 e.v.

35 *Handelingen II* 2001/2002, p. 4313-4326; idem, p. 4603-4605. Zie ook *Kamerstukken II* 2001/2002, 26 568 (R 1638), nr. 39.

36 *Handelingen I* 2003/2004, nr. 31, p. 1670.

37 *Stb.* 2004, 589.

exploitatie strijdig wordt geacht met openbare orde of goede zeden, enkele extra situaties op te nemen die in de Richtlijn zelf alleen in de considerans voorkomen. Aldus voegde men toe, kort samengevat:

- a) uitvindingen, ontwikkeld in strijd met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, onder meer vanwege onmenselijke en ontrendende behandelingen;
- b) uitvindingen, ontwikkeld op basis van materiaal van menselijke oorsprong, zonder de vrije, geïnformeerde, expliciete instemming van de donor voor een dergelijk gebruik, een en ander zoals neergelegd in het Verdrag inzake de mensenrechten en de biogeneeskunde;³⁸
- c) uitvindingen, ontwikkeld op basis van biologisch materiaal dat afgenomen of uitgevoerd werd in overtreding van de bepalingen van het Biodiversiteitsverdrag.

Tot daadwerkelijke parlementaire behandeling van het Belgische wetsontwerp is het echter niet gekomen. Na de verkiezingen van voorjaar 2003 pakte de nieuwe regering de draad weer op. Dit resulteerde in een nieuw wetsontwerp, waarin de nadruk niet meer vooral lag op het beperken van de octrooieringsmogelijkheden, maar des te meer op het beperken van de eventuele schadelijke gevolgen van octrooien op dit gebied. Het zojuist genoemde rijtje van extra uitsluitingsgronden is geheel en al uit het nieuwe ontwerp (art. 4, § 3) verdwenen. Hieraan zullen mede debet geweest zijn het kritische onthaal door de Belgische Raad van State van het eerste ontwerp, alsmede het feit dat onze zuiderburen inmiddels door het Hof van Justitie op de vingers getikt waren vanwege het niet tijdig implementeren van de Richtlijn.³⁹ Het nieuwe ontwerp is op 28 april 2005 wet geworden.⁴⁰

Een kleine rondgang langs *andere lidstaten* leert, dat de opsomming van art. 6 lid 2 Richtlijn in de meeste landen letterlijk in de nationale wetgeving is overgenomen, zo bijvoorbeeld in Denemarken,⁴¹ Tsjechië,⁴² Spanje,⁴³ Zweden⁴⁴ en Duitsland.⁴⁵ Opmerkelijk in de Duitse wet is, dat de opsomming

38 Verdrag van de Raad van Europa d.d. 4 april 1997, *Trb.* 1997, 113; Nederlandse vertaling in *Trb.* 1998, 58.

39 Zie over het Belgische implementatie-avontuur G. van Overwalle, 'Van muizen en mensen. De EU biotechnologierichtlijn van 6 juli 1998 en de omzetting in het Belgisch octrooirecht', *R.W.* 2002-2003, p. 401 e.v.; Van Overwalle 2004, p. 357 e.v.

40 Wet tot wijziging van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, wat betreft de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen; *B.S./MON* 154 d.d. 13 mei 2005.

41 Art. 1b(3) Consolidated Patents Act, No. 412 d.d. 31 mei 2000. Deze en de hierna genoemde wetgeving is in de Engelse taal gepubliceerd op de website van de World Intellectual Property Organization (WIPO) te Genève <www.wipo.int>.

42 Art. 3(a) Law on the Protection of Biotechnological Inventions, No. 206 d.d. 21 juni 2000.

43 Art. 5(1) van de Wet nr. 10/2002 d.d. 29 april 2002, *Boletín Oficial del Estado* d.d. 30 april 2002, No. 103, p. 15691.

44 Art. 1c Act of April 1, 2004, No. 2004:159, amending the Patents Act (1967:837).

onmiddellijk wordt gevolgd door de zin: 'Bei der Anwendung der Nummern 1 bis 3 sind die entsprechenden Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes maßgeblich.' Aldus is ook hier meteen gebruik gemaakt van de speelruimte waarover het Hof van Justitie eerder sprak. De wet waarnaar in het citaat wordt verwezen bevat namelijk strafbepalingen die precies definiëren wat moet worden verstaan onder hiervóór genoemde termen als embryo, klonen en germinale gentherapie; voorzover de wet uitzonderingen op de strafbaarheid vermeldt, zal dus kennelijk evenmin bezwaar tegen octrooiëring van hiermee samenhangende technieken bestaan. Zo bedreigt § 5 lid 1 het kunstmatig wijzigen van de erfelijke informatie opgeslagen in menselijke kiembaancellen met gevangenisstraf of geldboete, maar noemt het vierde lid als uitzondering hierop onder meer de

'(...) künstliche Veränderung der Erbinformation einer außerhalb des Körpers befindlichen Keimzelle, wenn ausgeschlossen ist, daß diese zur Befruchtung verwendet wird.'

In de Franse⁴⁶ en Britse⁴⁷ wet zijn de vier bewuste uitzonderingen eveneens terug te vinden. Daar echter is de algemene regel van art. 6 lid 1 Richtlijn (betreffende de strijdigheid met openbare orde en goede zeden) in een aparte bepaling opgenomen, terwijl het 'rijtje van vier' elders te vinden is, zonder directe verwijzing naar dit begrippenpaar, maar voorafgegaan door een algemene aanduiding ('Ne sont notamment pas brevetables (...)') respectievelijk 'The following are not patentable inventions (...)'. Een opvallende ont koppeling, die overigens in de praktijk wel geen verschil zal maken, maar die misschien wel iets zegt over de betreffende waarde van de (formulering van de) richtlijn bepaling als zodanig. Daarover gaat ook de volgende paragraaf.

4 HET GERINGE NUT VAN OPNEMING VAN VAGE NORMEN IN DE EG-RICHTLIJN BIOTECHNOLOGIE; GEVOLGEN VOOR DE COMMERCIEËLE EXPLOITATIE

In het voorgaande is gebleken, dat men zich reeds lang geleden afvroeg, of het zinvol was in een nationale octrooiwet een bepaling op te nemen die octrooiëring van bepaalde uitvindingen wegens strijd met openbare orde of goede zeden zonder meer uitsloot. Het was van meet af aan duidelijk, dat zo'n bepaling alleen dan daadwerkelijk toegepast kon worden indien het een uitvinding betrof die *onder alle omstandigheden* een dergelijke strijdigheid zou opleveren. We zagen dat de bewuste bepaling (dan ook) vele jaren een op

45 § 2(2) Patentgesetz, *BGBI.* 2005, Teil I, Nr. 54 d.d. 5 september 2005.

46 Art. L611-17 t/m L611-19 Code de la propriété intellectuelle, gewijzigd bij de Wet van 6 augustus 2004, No. 2004-800, art. 17a II, *Journal Officiel* d.d. 7 augustus 2004.

47 Section 1(3) Patents Act 2004, Schedule A2, section 3 jo. section 76A Patents Act.

sterven na dode letter was – in ons land inmiddels bijna een eeuw. Ook in het internationale kader van het Europees Octrooiverdrag is er meermalen op gewezen, dat een aangevraagd Europees octrooi alleen dan in zijn geheel afgewezen zou kunnen worden, indien het openbaarmaken of toepassen van de bewuste uitvinding in *alle* in de aanvraag gedesigneerde landen in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden.⁴⁸

De twijfel over het nut van een openbare orde en goede zeden-bepaling als hier bedoeld wordt nog vergroot, als men bedenkt dat de exploitatie van een bepaalde uitvinding, en zelfs het onderzoek als zodanig dat daaraan voorafgaat, in afzonderlijke wetten en besluiten tot in detail gereguleerd – en indien gewenst verboden – kan worden. Het Hof van Justitie sprak niet voor niets over de ‘grote speelruimte’ van de lidstaten in dit verband. Wie van hier te lande geldende regelingen als de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren⁴⁹ of de Embryowet⁵⁰ kennis neemt, ziet in één oogopslag hoe vergaand de wetgever inderdaad op de door deze wetten bestreken gebieden de onderzoeksvrijheid aan banden heeft gelegd, respectievelijk de beoordeling van de toelaatbaarheid van dergelijk onderzoek naar zich toe getrokken heeft. Ter illustratie van dit laatste citeer ik art. 66 lid 3 Embryowet:

‘Een vergunning als bedoeld in het eerste lid [onder andere voor het toepassen van biotechnologische technieken bij dieren, *PvdK*] wordt slechts verleend indien naar het oordeel van Onze Minister:

- a. de handelingen geen onaanvaardbare gevolgen hebben voor de gezondheid of het welzijn van dieren en
- b. tegen de handelingen geen ethische bezwaren bestaan.’

Wanneer men zich hierbij realiseert, dat de opvattingen over wat ethisch gezien toelaatbaar is na verloop van tijd (en mogelijk zelfs in vrij korte tijd) kunnen veranderen,⁵¹ wordt eens te meer duidelijk dat het vastleggen in een octrooiwet van ‘grenzen’ op dit gebied nauwelijks waarde heeft, zeker niet naast zeer rekbare nationale bepalingen als de bovengenoemde.

In andere landen is dit vanzelfsprekend niet anders: ook Duitsland kent naast de in paragraaf 3.3, slot, genoemde wet een ‘Tierschutzgesetz’, en in alle andere hiervoor genoemde EG-lidstaten gelden ongetwijfeld vergelijkbare regelingen.

Overigens schiet de aspirant-onderzoeker die art. 6 (of de desbetreffende bepaling in de nationale wet) leest, daar ook om een andere reden mijns inziens

48 Vgl. M. van Empel, *The granting of European patents* (diss. Leiden), 1974, p. 91; Straus 1990, p. 919. Zie ook voetnoot 34 hiervóór.

49 *Stb.* 1992, 422; laatstelijk *Stb.* 2006, 11; zie in het bijzonder art. 66 e.v.

50 *Stb.* 2002, 359; zie in het bijzonder art. 24 e.v.

51 Vgl. M.C.E. van Gorkom-Meeuwssen, ‘De mens is niet octrooieerbaar, ontdekte delen ervan evenmin. Of toch wel?’, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht* (BWKJ 21, Meijers-reeks deel 102), Deventer: Kluwer 2005, p. 279-280.

veelal weinig mee op. Van de daarin neergelegde 'onoverschrijdbare grenzen' is immers soms de betekenis niet geheel duidelijk.⁵² Ook bevatten de nieuwe regels op hun beurt vage normen die tot interpretatie van geval tot geval zullen voeren, zoals 'lijden' en 'aanzienlijk medisch nut'.

Tegen deze achtergrond valt de zeer sterke, jarenlange aandrang vanuit het Europees Parlement om in de Richtlijn een aantal werkwijzen expliciet als zijnde in strijd met de openbare orde of goede zeden te bestempelen, niet goed anders te verklaren dan vanuit een eerder emotionele dan rationele houding. In dit verband is wel gesproken over het octrooi-op-leven syndroom.⁵³ Aldus beschouwd, en gezien alle aanvullende wettelijke mogelijkheden als zojuist bedoeld, lijkt voor een bepaling als opgenomen in art. 6 Richtlijn niet veel meer dan een *signaalfunctie* weggelegd, een tot-hier-en-niet-verder, dat bedrijven en overheidsinstanties tot op zekere hoogte afkerig zou kunnen maken van het entameren van onderzoek op een bepaald gebied of in een bepaalde richting.⁵⁴

Tot slot een paar opmerkingen over het element 'commerciële exploitatie' in art. 6 lid 1 Richtlijn. Opvallend is, dat waar vroeger in deze context vaak werd gewerkt met het begrippenpaar 'openbaar maken/worden of toepassen' (aldus nog steeds art. 53 onder a EOV), de nadruk mede dankzij art. 27 lid 2 TRIPS-Verdrag geheel bij de commerciële exploitatie is komen te liggen. Het enkele openbaar maken van een uitvinding van bedenkelijk allooi leidt dus als gevolg van de Richtlijn niet meer tot strijd met de openbare orde of goede zeden.⁵⁵

Het contractuele aspect van het octrooirecht treedt hierdoor meer op de voorgrond. Een uitvinding kan op allerlei manieren commercieel benut worden. Men denke bijvoorbeeld aan overeenkomsten aangaande uitvindingen in dienstbetrekking; samenwerking in teamverband; verpanding; licentiëring; overdracht; testovereenkomsten.⁵⁶ Bij al dergelijke mogelijkheden om een uitvinding winstgevend te maken kan het criterium van de openbare orde en goede zeden om de hoek komen kijken. Maar het zullen dan toch steeds

52 Vgl. m.b.t. begrippen als klonen, mens en embryo bijv. J.C. van der Steur, *Grenzen van rechts-objecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 211 e.v.; Van Overwalle, 2004, p. 372; S.J.R. Bostyn in: Ch. Gielen en D.W.F. Verkade (red.), *Tekst & Commentaar Intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2005, art. 3 ROW 1995, aant. 8.

53 Vgl. Raven 1997, p. 17.

54 Zie voor een (zeer voorzichtig geformuleerd) tegengeluid J. Koopman, 'Octrooiëring van biotechnologische uitvindingen en goede zeden: Recht onder vuur!', *BIE* 2005, p. 511-512. Overigens zijn er – omgekeerd – gevallen denkbaar waarin het aanvragen van een octrooi zin heeft, ondanks het feit dat de exploitatie van het octrooi op grond van nationale voorschriften verboden is; zie de conclusie van A-G Jacobs voorafgaande aan het arrest HvJEG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, NJ 2002, 161 (Koninkrijk der Nederlanden/Europees Parlement en Raad van de EU), punt 106.

55 Ook niet in het kader van het EOV, als gevolg van het in par. 3.2 genoemde besluit van de Raad van Bestuur van het EOB.

56 Zie hieromtrent bijv. Claringbould & Litjens 1988.

het nationale octrooibureau en uiteindelijk de nationale rechter zijn, die in het concrete geval de aanvraag respectievelijk het verleende octrooi op hun mérites moeten beoordelen. Een werkelijk transnationale, en van bovenaf opgelegde moraal is daarbij mijns inziens niet aan de orde, nu de nationale (niet-octrooirechtelijke) regelingen op dit gebied veel verder zijn uitgewerkt en de in de Richtlijn gegeven voorbeelden op dit moment kennelijk in zo hoge mate strijdig met openbare orde of goede zeden worden bevonden⁵⁷ (de genoemde uitlegproblemen even daargelaten) dat een rechtstreeks beroep daarop, respectievelijk op de overeenkomstige nationale bepaling wel zelden nodig zal zijn.

Op dit punt draagt de Richtlijn dan ook nauwelijks bij aan het voorkómen van marktversturende omstandigheden in de tussenstaatse handel. Dit gevaar bergen wél in zich de uiteenlopende interpretaties van de in art. 6 opgenomen elementen én de eventueel in octrooiwetgeving opgenomen extra voorbeelden (zie de gang van zaken in Nederland en België), maar ook en vooral de nadere uitwerking van het criterium in andere nationale regelingen dan de respectievelijke octrooiwetten.

5 CONCLUSIE

De introductie in art. 6 lid 2 EG-Richtlijn biotechnologie en vervolgens in de nationale octrooiwetten van een aantal specifieke voorbeelden van gevallen waarin de commerciële exploitatie van een uitvinding strijdig is met de openbare orde of goede zeden is na veel strijd tot stand gekomen. Het nut ervan moet echter sterk worden gerelativeerd. Het betreft hier weliswaar situaties die in de hele Gemeenschap als onaanvaardbaar worden beschouwd, maar in feite hebben de lidstaten bij de toepassing van de bepaling in de praktijk een grote mate van vrijheid, en vormen de voorbeelden in genoemd artikel slechts op dit moment evidente uitsluitingsgronden, die ook voorheen al op een grote mate van instemming in de lidstaten konden rekenen.

In deze context kan men dus bezwaarlijk spreken van het ingang doen vinden (c.q. opleggen) van een bijzondere, transnationale moraal in (aan) nationale rechtssystemen. De aanvankelijke voorstellen van de Commissie hebben wel veel 'morele tegenstromen' losgemaakt, maar dit vooral in tegen-gestelde richting: velen vonden dat deze voorstellen niet ver genoeg gingen...

⁵⁷ Vgl. de in voetnoot 19 genoemde literatuur.

7 | Romeins recht vs. sociale rechtvaardigheid. Een voorbeeld uit de Republiek

C.H. Bezemer[■]

1 INLEIDING

De discussies die ten tijde van de Republiek der Verenigde Nederlanden (1581-1795) werden gevoerd over de verhouding tussen lokaal of provinciaal recht enerzijds en Romeins recht anderzijds, lijken in veel opzichten op de discussies die tegenwoordig gevoerd worden over de noodzaak tot invoering van algemene privaatrechtelijke regels voor de Europese Unie te komen. Op het eerste gezicht zijn er verschillen die een vergelijking mank doen gaan. Ik bedoel: destijds was er geen sprake van verordeningen of richtlijnen die het Romeinse recht, in welke vorm ook, bindend beoogden op te leggen. De weg waarlangs Romeins recht binnen kwam liep over rechtbanken en juridische faculteiten, en deze zogenaamde receptie voltrok zich geleidelijk. De discussie richtte zich op de verhouding tussen de rechtsbronnen (wetgeving, gewoonterecht, Romeins recht), de uitleg van deze rechtsbronnen (ruim of strikt), en, in toenemende mate, op de vraag in hoeverre de rechtsregels, uit welke rechtsbron ook, beantwoordden aan een hoger recht, aangeduid als volkerenrecht (*ius gentium*) of natuurrecht. De uitkomst van iedere discussie lag niet bij voorbaat vast, omdat over elk van deze drie aspecten verschil van mening bestond. En dan was er nog variatie per onderwerp, plaats en tijdstip. In het algemeen kan gezegd worden dat tot ongeveer 1750 het 'gevecht' zich afspeelde tussen het lokale recht en het Romeinse recht, en dat in de tweede helft van de 18^e eeuw het Romeinse recht steeds nadrukkelijker werd getoetst aan het natuurrecht en zonodig opzijgezet ten gunste van het inheemse recht.¹ Die periode gaf een toenemend 'nationalisme' te zien, dat, hoewel aanvankelijk provinciaal gekleurd, met enige tussenstappen gedaan onder Franse hoede, in 1838 zou leiden tot een nationaal Burgerlijk Wetboek voor de (Noordelijke) Nederlanden. Bij de totstandkoming van dit wetboek kwamen, bevrijd van het Franse juk, veel tegenstellingen uit de Republiek weer boven water, nog afgezien van de complicatie dat aanvankelijk een wetboek voor Noord én Zuid gemaakt moest worden. Dat kan hier blijven rusten omdat juist de staatkundige constellatie van de Republiek het meest lijkt op de huidige situatie in Europa, waar het

■ C.H. Bezemer is universitair docent bij de afdeling historische ontwikkeling van het recht, Universiteit Leiden.

1 Voor een mooie illustratie van deze ontwikkeling, zie C.J.H. Jansen, *Natuurrecht of Romeins recht. Een studie over leven en werk van F.A. van der Marck (1719-1800) in het licht van de opvattingen van zijn tijd*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1987.

ook gaat om de omgang met juridische diversiteit, om de rol van een hoger uniform recht, en om de sociaal-economische ideeën die daaraan ten grondslag zouden moeten liggen.

Directe inspiratiebron voor deze bijdrage is het Manifest dat een aantal juristen, anderszins bekend om hun inzet voor een Europees privaatrecht, in 2004 heeft gepubliceerd om hun ongerustheid kenbaar te maken over het weinig sociaalvoelende karakter van in het bijzonder de Principles of European Contract Law. Ook stelden zij te weinig consideratie vast met de verschillen hieromtrent tussen de landen van de Unie.² De opstellers kregen in zekere zin onmiddellijk een reactie op hun ideeën, zij het niet in de vorm van de door hen voorgestelde dialoog: de negatieve resultaten in Nederland en Frankrijk van de referenda over de zogenaamde Europese Grondwet (mei/juni 2005). De tegenstemmers kregen in het stemhokje geen gelegenheid hun 'nee' toe te lichten, maar ik doe niet aan onverantwoorde speculaties als ik zeg dat het in ieder geval iets te maken had met 'te snel', 'te ondoorzichtig', en 'over ons, zonder ons'. Te gemakkelijk zou het zijn een en ander te kwalificeren als 'angst voor het nieuwe', 'provincialisme' en 'het resultaat van slechte voorlichting'. Wat deze referenda lieten zien, en dat is in zekere zin ook de kern van het Manifest, is dat rechtsregels zich niet moeten loszingen van sociaal-maatschappelijke en ethische normen. Hoe het nu moet met Europa, en met Nederland, lijkt me minder ingewikkeld dan de opstellers van het (ook veel te lange) Manifest menen (daarover de slotparagraaf). Wat ik hier bovenal wil doen is een voorbeeld geven uit de tijd van de Republiek waarin vergelijkbare factoren een rol speelden. Het betreft het naastingsrecht, een rechtsinstelling meestal gekwalificeerd als aankoop, en destijds van niet gering maatschappelijk belang.

2 NAASTING: NIET ALLEEN EEN ZAAK VAN HET VERLEDEN

Het naastingsrecht manifesteerde zich ten tijde van de Republiek in drie vormen: familienaasting, burennasting en naasting op grond van mede-eigendom. De essentie is steeds dat de naaster zich in de plaats van de koper van een aan naasting onderhevig goed (meestal onroerende zaken) kon stellen door aan die koper de koopsom en eventuele andere onkosten te vergoeden. Simon van Leeuwen (1626-1682) zegt het beeldend: 'en sulks als zijn voeten in des koopers schoenen steken'.³ Waar deze rechtsinstelling vandaan kwam was het onderwerp van menige geleerde beschouwing. Cornelis van Bijnkershoek (1673-1743) bij voorbeeld, hield het erop dat het (uitsluitend) uit het leenrecht stamde. Latere bestudeerders van het oud-Nederlandse recht hebben

2 Social Justice in European Contract Law. A Manifesto, *European Law Journal*, Vol. 10, nr. 6 (November 2004), p. 653-674.

3 Simon van Leeuwen, *Het Roomsche Hollandsche recht*, deel II (ed. Amsterdam 1783), p. 135.

deze theorie bekritiseerd, terecht, waarschijnlijk.⁴ Voor ons onderwerp is het eerder van belang te zien waarvan deze bespiegelingen een uitdrukking waren: ideeën over de herkomst van het naastingsrecht beïnvloedden zijn plaats in de hiërarchie der rechtsbronnen en de daaraan verbonden wijze van interpretatie. Zo zullen we zien dat verdedigers van het naastingsrecht de neiging hadden de verspeiding ervan zo ruim mogelijk voor te stellen, zodat het de status van algemene costume kreeg (een algemeen gewoonterecht zet Romeins recht zonder meer opzij en maakt een grotere kans ruim geïnterpreteerd te worden). Of ze zochten het nog hogerop: een recht dat bij (bijna) alle volkeren in zwang is, kortom deel uitmakend van het volkerenrecht (*ius gentium*). Aan de andere kant waren er degenen die zoveel mogelijk de lokale verschillen benadrukten en zo de status van het recht trachtten te minimaliseren.

De diepere grond voor het naastingsrecht was gelegen in de toenmalige sociaal-economische omstandigheden. Voor families, niet alleen de rijke, was het van levensbelang dat de kern van het familievermogen, het essentiële middel van bestaan ('de familieboerderij'), niet uiteenviel door vererving of vervreemding. Soortgelijke overwegingen golden voor de burenaasting, en zelfs voor de door de overheid, aanvankelijk de leenheer, uitgeoefende naasting. De laatste vorm van naasting was geëvolueerd tot de betaling van een (klein) gedeelte van de koopsom, kwam regelmatig voor in de Republiek, uitgeoefend door baljuwen, burgemeesters of schouten, en werd door sommigen gezien als pure pesterij.⁵ Terwijl het recht, in ieder geval in een verder verleden, ook sociaal-economische redenen had: een edelman had ook bepaalde verplichtingen jegens zijn horigen. Het curieuze is dat van naasting door de overheid de duidelijkste sporen in de huidige rechtsorde bestaan, zij het niet geconstrueerd als een recht van *nakoop*. De Wet voorkeursrecht gemeenten (1981/1996) is ook een uitvloeisel van bepaalde op de overheid rustende verplichtingen (aangaande de ruimtelijke ordening) die alleen met een dergelijk voorkeursrecht goed kunnen worden nagekomen. Het motief voor de burenaasting is natuurlijk nooit verdwenen, al wordt het in rechte niet als zodanig erkend. Liever hanteert men welstandcommissies die zich krachtens de wet over bepaalde aspecten van huis en tuin mogen uitspreken, maar nogal eens door buurtbewoners worden gebruikt om ongewenste zaken bij de buren aan

4 Zie Van Apeldoorn in zijn aantekening bij *Hugo de Groot's Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, Arnhem: Gouda Quint 1939, deel II, p. 267 (bij III,16 § 1). Vgl. ook O. Moorman van Kappen, *Met open buydel ende in baren gelde. Enkele beschouwingen over het oud-vaderlandse familienaastingsrecht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1973, p. 12-15.

5 Zo Simon van Leeuwen, *Roomsch Hollandsch recht* (nr. 3), p. 142 (nr. 14): 'Dat de selve daar toe geen Regt hebben, om dat het geen Keur is, maar een ondergekroopen gebruik, sonder wil van den Prince, en sulks een *corruptele*, tot quelling van de Luyden'. De annotator, Mr. Cornelis Willem Decker, wijst Van Leeuwen terecht (p. 142 noot 10): '... en dat het recht van naasting bij Costume ten behoeven van de Schouten geïntroduceert zo weinig voor een corruptele gedecrieert kan worden etc.'.

te pakken.⁶ In dezelfde geest is het voorkeepsrecht van Schotse lokale gemeenschappen als landgoederen op de markt komen. Of het recht van Schotse pachtboeren op gedwongen verkoop van de verpachte grond door de eigenaar.⁷ Zóver gaat het bij ons niet: een pachter heeft hooguit een voorkeepsrecht als de verpachter wil overgaan tot vervreemding van het verpachte.⁸ Dit komt wel het dichtst in de buurt van een door particulieren uitgeoefend naastingsrecht. De familienaasting lijkt op dit moment *unzeitgemäß*, maar wie zegt dat zij niet herleven zal als de verzorgingsstaat steeds meer wordt uitgedaagd en individuen meer en meer aangewezen raken op zichzelf of hun familieleden? In dat geval gaat economische noodzaak zwaarder wegen dan welk individualisme ook. Wat heb je dan aan je internetvrienden en -vriendinnen in vergelijking met je 'bloedvrienden' (inclusief adoptieverhoudingen)?

3 HUGO DE GROOT EN SIMON VAN GROENEWEGEN

Al wil ik de toenmalige Republiek niet reduceren tot de provincie Holland, het is wel die provincie die ons het diepst laat doordringen in de verschillende standpunten ten aanzien van naasting. Dit komt door het aantal schrijvers dat zich erover heeft uitgelaten, en door de hoeveelheid rechtspraak die ons bekend is. De eenvoudigste manier om een begin te maken met het naastingsrecht in Holland, is om de *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* van Hugo de Groot (1583-1645) op te slaan. Daar treft men in het hoofdstuk *Van naesting* (III,16) een definitie van het recht en blijkt dat De Groot naasting rekent tot de 'koops-gevolgen', naast 'koops-nakoming' en 'koopbraeck'.⁹ Dan volgt een algemene (*land-gemeene*) variant: dat de Graaf van Holland (inmiddels de Staten van Holland) verkochte lenen kan naasten. Vervolgens noemt hij de plaatselijke versies in Delfland, Rijnland, Kennemerland en het land van Voorne, bij elkaar een aanzienlijk deel van de provincie. Daarna worden nadere details uitgewerkt. De Groot is niet volledig ten aanzien van de plaatsen waar

6 Een recent voorbeeld ontleend aan de NRC van 14 juli 2006. In een wijk van Zwolle heeft één van de bewoners een boomhut in zijn tuin gebouwd waar alle kinderen, niet alleen de zijne, in mogen spelen. Menig ouder is blij met deze veilige speelgelegenheid. Andere buurtbewoners zien het echter als een verpaupering van de wijk. De gemeente constateert dat gezien het formaat een vergunning voor de hut moet worden aangevraagd. De welstandscommissie ziet problemen als de hut als 'bouwwerk' moet worden gekwalificeerd. Wat is wijsheid?

7 Beide rechten zijn geregeld in de Land Reform Act (Scotland) van 2003. Deze wet hangt samen met de afschaffing van allerlei feodale rechten in Schotland, onder gelijktijdige invoering van individuele en collectieve rechten ten behoeve van het milieu, de recreatie en de ruimtelijke ordening.

8 Pachtwet art. 56a e.v.

9 Zie de editie van F. Dovring, H.F.W.D. Fischer & E.M. Meijers, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1965, p. 246 (nr. 1) en p. 243 (nr. 1).

één of andere vorm van naasting gold.¹⁰ Eén van de redenen zal zijn geweest dat de *Inleidinge* bedoeld was als leerboek voor zijn kinderen. Maar er is waarschijnlijk meer aan de hand. Uit twee adviezen van zijn hand weten we dat De Groot niet een grote vriend was van het naastingsrecht. In een advies uit 1613 zegt hij nog tamelijk neutraal dat het recht van nakoop niet stamt uit het Romeinse recht, ook geen 'generale costume' van Holland is, en dat het als 'particuliere costume' zeer beperkt moet worden uitgelegd.¹¹ In het andere advies gaat het er harder aan toe:¹²

't Recht van naastinge is strijdig tegens de vrijheid van de commercie, en tegens de beschreven rechten (het Romeinse recht); en die hem op 't selve recht wil funderen, moet bewijzen de costume van naastinge.'

Vervolgens wordt opnieuw gezegd dat het Romeins recht maar beter zo snel mogelijk kan worden opgezocht, dat wil zeggen de naasting zo eng mogelijk uitgelegd. Nu zijn adviezen meestal gekleurd ten gunste van de partij die erom vraagt. Toch kan het bij De Groot mede verklaren waarom hij in de *Inleidinge* niet alleen onvolledig maar ook niet erg precies is, bij voorbeeld ten aanzien van de plaatsen waar bureннаasting mogelijk was (op meer plaatsen dan alleen Rijnland).¹³

Voor het contrast verdient het aanbeveling nu een andere praktijkjurist aan het woord te laten die minder behept was met antipathie jegens van het Romeinse recht afwijkende rechtsfiguren. Het is de eveneens uit Delft afkomstige Simon van Groenewegen (van der Made) (1613-1652). In zijn *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (Verhandeling over de in Holland en aangrenzende streken afgeschafte en in onbruik geraakte Romeinse rechtsteksten) van 1649 heeft hij nauwkeurig aangegeven welke romeinsrechtelijke regels nog golden in Holland, en vooral welke niet. Het naastingsrecht behandelt hij in hoofdzaak bij de constitutie *Dudum* uit de Codex van Justinianus (C. 4,38,14). Hier klinkt een heel andere toon:¹⁴

'Het staat vast dat het familienaastingsrecht krachtens gewoonterecht bij praktisch alle volkeren gangbaar is', en dat het 'rust op de rechtvaardige reden van het behoud van bloedverwantschap en familie(vermogen).'

Groenewegen legt uit dat de verkoper geen onrecht wordt aangedaan omdat die immers de koopprijs toch krijgt. En als hij de zaak liever in 'vreemde' handen ziet, moet hij zich realiseren dat dit in strijd is met de rechten van

10 Zie annotatie bij III,16,5, ed. Van Apeldoorn 1939, p. 268.

11 Ed. Dovring/Fischer/Meijers 1965, p. 381-382 (nr. CCI § 1).

12 Ed. Dovring/Fischer/Meijers 1965, p. 354 (nr. CXLVIII § 1).

13 Zie annotatie bij III,16,9, ed. Van Apeldoorn 1939.

14 Ed. Leiden 1649, p. 527 (nr. 1): 'Consanguinitatis retractum ubi fere gentium consuetudine receptum esse constat (...) iusta sanguinis et familiae conservandae ratione nititur.'

natuur en bloedverwantschap.¹⁵ Het naastingsrecht gaat ook niet in tegen de constitutie *Dudum*, maar staat er naast. Dit argument is al oud: Groenewegen noemt hem niet, maar de Franse jurist Pierre de Belleperche († 1308) gebruikte het al om het Franse familienaastingsrecht (*retrait lignager*) te verdedigen.¹⁶ Na enige toelichting bevestigt Groenewegen dat het hedendaagse naastingsrecht aan lokale verordeningen en algemeen gewoonterecht moet worden toegeschreven.¹⁷ Om een eind te maken aan alle tegenargumenten besluit hij met:¹⁸

‘Deze dingen moeten opgemerkt worden, niet alleen tot het ware begrip van deze tekst (C. 4,38,14), maar ook om de dwaling te weerleggen van degenen die menen dat de gewoonterechtelijke naasting lijnrecht in strijd is met het Romeinse recht, en daarom hatelijk: want Reinking (1590-1664, auteur van een tractaat over familie-naasting gepubliceerd in 1631 in Marburg), zegt op grond van het voorafgaande terecht dat zij hallucineren.’

Groenewegen is vrij fel over dit onderwerp, hetgeen wijst op heftige discussies. Het past wel bij zijn algemene attitude ten aanzien van het Romeinse recht. Het verdient allerm minst automatische toepassing en is regelmatig om zijn overdreven subtiliteit opzijgezet (*explosa Romani juris scrupulosa subtilitate*).¹⁹ De oprechte eenvoud van het eigen recht is dan te verkiezen.²⁰ Het zal duidelijk zijn dat Groenewegen dat eigen recht graag verdedigt met een beroep op zijn algemene verspreiding en aanvaarding.²¹

15 Dit is vermoedelijk een toespeling op D. 50,17,8: ‘Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt’ (Rechten van bloedverwantschap kunnen door geen enkel onderdeel van het *ius civile* tenietgedaan worden).

16 Zie K. Bezemer, ‘French customs in the commentaries of Jacques de Revigny’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1994, p. 88 en noot 24. Groenewegen had kennis kunnen nemen van Belleperche’s opvatting via de door hem wél geciteerde Cinus van Pistoia.

17 Ed. Leiden 1649, p. 527 (nr. 4): ‘Sed locorum statutis et consuetudini generali hodiernum retractus jus acceptum ferendum est.’

18 Ed. Leiden 1649, p. 527 (nr. 6): ‘Haec notanda sunt, non modo ad verum hujus legis intellectum, sed etiam ad refellendum errorem eorum, qui retractum consuetudinarium juri communi e diametro repugnare, eoque odiosum autumant: hos enim hallucinari ex praemissis recte infert Reinking *dict. quaest. I n. 51 cum seqq.*’

19 Deze zinswending komt op verschillende plaatsen in zijn werk voor, zie bijv. p. 35 (Inst. 2,14,9), p. 94 (D. 2,15,7) en p. 129 (D. 8,2,28).

20 Vgl. Prooemium p. 3 (nr. 17).

21 Ik heb voor ons onderwerp niet kunnen vaststellen dat Groenewegen het werk van de Franse auteur Bugnyon tot voorbeeld heeft genomen. Vgl. hierover G.C.J.J. van den Bergh, ‘Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652), Petrus de Greve (1621-1677) and law teaching in Nijmegen’, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 24 (2002), p. 273-289 (279-281). Ik consulteerde Bugnyon in de editie Brussel 1677.

4 VERDERE ONTWIKKELINGEN

Het moet hier benadrukt worden dat we niet te doen hebben met een puur academische discussie. Het ging bij het naastingsrecht om een diepgewortelde maatschappijvisie die zich niet eenvoudig opzij liet zetten met een beroep op de vrijheid van handel, zoals Hugo de Groot dat probeerde. Hij ondervond natuurlijk instemming bij bepaalde koopliedenmilieus in Holland, maar zijn beroep op het volkerenrecht (*ius gentium*) als bron van de vrijheid van handel kon met een beroep op datzelfde *ius gentium* ontkracht worden door ernaar te verwijzen dat (bijna) alle volkeren van Europa het naastingsrecht kenden, en bijgevolg alle tegenargumenten moesten wijken voor deze hogere norm.²²

Ondanks het feit dat hij zich een keer negatief heeft uitgelaten over een naastingsrecht van de Baljuw en schouten van Rijnland, kan de al eerder genoemde Simon van Leeuwen, die als Leids advocaat en bestuurder goed bekend was met het recht van Rijnland en daarover een boek publiceerde (1667), niet worden gerekend tot de vijanden van het naastingsrecht. Dat leert ons de opmerking:

‘(...) is er nog een ander Recht van Naasting (naast de bedongen of conventionele naasting) hetwelk bij Wet-duyding en gewoonte alomme in dese Landen is ingevoerd (...)’

En dit zegt hij ondanks het feit dat zijn boek over het Rooms-Hollandse recht sterk leunt op Hugo de Groots *Inleidinge*. Kortom, het door De Groot wat zuinigjes behandelde naastingsrecht geniet een breed draagvlak, en verdient gerespecteerd te worden.

Voordat we het doen en laten van een kennelijke vijand van het naastingsrecht in ogenschouw nemen, is het nodig de aandacht te vestigen op de eerste Leidse hoogleraar met (mede) als leeropdracht het ‘hedendaagse recht’ (*ius hodiernum*). Wat ving hij aan met naasting? Het was Johannes Voet (1647-1713). Hij nam het onderwerp serieus, ook al behandelde hij het niet tijdens zijn openbare colleges.²³ In zijn *Commentarius ad Pandectas* (1698/1704) duurt het meestal niet lang voordat het *ius hodiernum* in enige vorm om de hoek komt kijken. Zo ook het naastingsrecht dat bijzondere aandacht krijgt in het commen-

22 Het is hier niet de plaats om in te gaan op de verschillende betekenissen die De Groot gehecht heeft aan de term *ius gentium*. Voor wie niet bang is voor subtiliteiten: p. Haggenmacher, *Genèse et signification du concept ‘ius gentium’ chez Grotius*, Grotiana New Series 2 (1981), p. 44-91. Zeker is dat De Groot in *Mare liberum* (1609) de vrijheid van handel in een hogere categorie *ius gentium* plaatst dan in *De jure belli ac pacis* (1625).

23 Voet kreeg de leeropdracht in 1688. Hij was niet de eerste in de Republiek: dat was Ulrik Huber (Franeker 1682). Zie hierover M. Ahsmann, ‘Teaching the *Ius Hodiernum*: Legal education of advocates in the northern Netherlands (1575-1800)’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1997, p. 427.

taar op de titel *De lege commissoria* (D. 18,3 Over het vervalbeding).²⁴ Als Voet in paragraaf 9, na behandeling van de conventionele naasting, begint over het inheemse naastingsrecht ziet het er niet best uit. De bewijslast is het eerste wat genoemd wordt, dan de aantasting van het eigendomsrecht van de koper. Bovendien is het afwijkend van het Romeinse recht (*exorbitans a jure communi*), in strijd met de constitutie *Dudum* (C. 4,38,14), met de vrijheid van de handel, en met de algemene regels van de vereffende rechtvaardigheid. Dus dient het strikt te worden geïnterpreteerd. Een goede leerling van De Groot derhalve. Nog wel wordt vermeld dat het recht uit het goddelijke recht stamt (gedoeld wordt op enige bijbelteksten waaronder Leviticus 25: 24-28) en niet zonder goede gronden is ingevoerd. Het mag weinig baten als we zien dat tussen de aangevoerde auteurs het advies van De Groot staat (zonder hem te noemen), waarin die de strijd met de handelsvrijheid benadrukt. Toch volgen vele kolommen over het onderwerp, die moeilijk begrepen kunnen worden vanuit een fundamenteel vijandige houding t.a.v. het naastingsrecht. Bij het familienaastingsrecht bij voorbeeld, begint Voet, op gezag van anderen, met een opsomming van de vele plaatsen waar het in Europa voorkomt.²⁵ Hij noemt Duitsland, Frankrijk, Spanje, Italië, Bourgondië, Brabant, Vlaanderen, Friesland en Zeeland. Vervolgens treedt hij in enig detail over de provincies Utrecht, Gelderland en Holland. In de daaropvolgende paragraaf moet hij vaststellen dat het niet gemakkelijk is de grondslag van het familienaastingsrecht te bepalen, of het af te leiden uit de beginselen van het Romeinse recht. Voets worsteling met de materie, een uitvloeisel van zijn bedoeling de uiteenzetting van het Romeinse en het hedendaagse recht met elkaar te verbinden, is pijnlijk zichtbaar. Hoezeer hij ook zijn best doet het lokale recht zonder vooringenomenheid te beschrijven, steeds is daar weer de noodzaak één en ander met Romeinsrechtelijke teksten te ondersteunen.²⁶ Deze ‘schizofrene’ benadering was natuurlijk niet vol te houden op de lange duur. Bij latere auteurs zien we dan ook dat er twee opties zijn: onverbloemde veroordeling van het naastingsrecht, of afwerping van de romeinsrechtelijke ballast. Voets commentaar laat zien dat de beginselen van het hedendaagse recht niet altijd te verenigen waren met de beginselen van het Romeinse recht. De ontsnapping uit dit zelfgecreëerde dilemma heeft hij niet meer meegemaakt.

Met Cornelis van Bijnkershoek lijkt de opvatting van De Groot zich versterkt voort te zetten. In zijn posthuum verschenen *Quaestiones juris privati* (1744) is goed te zien hoe deze rechter en elegant jurist denkt over naasting:²⁷

²⁴ Ik gebruikte de editie Leiden 1698, waar deze titel behandeld wordt op p. 780-792.

²⁵ Ed. Leiden 1698, p. 785 (nr. 12).

²⁶ Voets positieve instelling t.a.v. het naastingsrecht blijkt ook uit een passage waarin hij melding maakt van mogelijk misbruik tegen dat recht (*in fraudem retractus*). Zie ed. Leiden 1698, p. 789 (nr. 23).

²⁷ *Opera omnia* (Leiden 1767), Deel II, p. 417A: ‘Ego vero omnem retractum quo hodie utimur, ex quacumque demum causa descendat, non dubitem pronunciare iniquissimum, quum ius quaesitum emptori auferat, minus utique idonea, quam est empti causa.’

‘Ik echter kan niet aarzelen iedere naasting die men tegenwoordig in praktijk brengt, op welke grond zij ook rust, als zeer onrechtvaardig te betitelen, omdat zij een verkregen recht aan de koper ontnemt om een reden die in ieder geval minder deugdelijk is dan de kooptitel.’

Net als De Groot onderstreept Bijnkershoeck dat de ‘hedendaagse’ naastingsrechten niet uit het Romeinse recht stammen. Dan volgt zijn theorie over de leenrechtelijke oorsprong, waarna hij de kwestie aanroert of het naastingsrecht in (de provincie) Holland algemeen is. Bijnkershoeck stelt vast dat hierover veel te doen is, en schaart zich in het kamp der ontkenners (met De Groot). Vervolgens benadrukt hij de enorme hoeveelheid plaatselijke regelingen:²⁸

‘Als ze (allemaal) opgesomd moeten worden, inclusief het Zeeuwse recht, zou een compleet commentaar geschreven moeten worden. Wij zullen ons aan aangename zaken wijden.’

Het is eigenlijk niet nodig nog meer toe te voegen. Het spreekt voor zich dat de *vulgares scriptores* (lees: Groenewegen en Van Leeuwen) tekort schieten, dat het naastingsrecht van de overheid een ‘toestand van horigheid’ (lees: feodaliteit) impliceert. Ook de gedachte dat de naaster in de plaats treedt van de koper wordt, met romeinsrechtelijke teksten, onderuit gehaald. Ondanks het feit dat Bijnkershoeck allerlei costumen en statuten aanhaalt, blijft de ultieme toets het Romeinse recht.

Is Bijnkershoeck erin geslaagd zijn ideeën ingang te doen vinden bij de Hoge Raad van Holland en Zeeland, waarvan hij sinds 1704 deel uitmaakte, vanaf 1724 als voorzitter? We beschikken over een bijzondere bron die antwoord kan geven op deze vraag: zijn *Observationes Tumultuariæ* (In der haast gemaakte notities), waarin hij voor eigen gebruik de dagelijkse gang van zaken in de Raad beschrijft, welke zaken er behandeld werden, welke argumenten aangevoerd werden en hoe de meningen onder de raadsheren verdeeld lagen. Een zaak uit Bijnkershoecks beginperiode als raadsheer (7 december 1707) laat zien dat de Hoge Raad in een geval waarbij de bewoording van het gewoonterecht van Spanbroek niet duidelijk was, koos voor een uitleg op grond van de geest van het statuut (*mens statuti*).²⁹ Dit is niet de strikte interpretatie zoals voorgestaan door Hugo de Groot. In een arrest uit 1718 lijkt het of de beperkte uitleg aan kracht heeft gewonnen. Het ging om naasting in geval van executoriale verkoop, iets dat door vele statuten werd uitgesloten. De statuten van Zevenbergen bevatten daarover geen bepaling en de schepenen van Zevenbergen en het Hof van Holland hadden de naasting toegelaten. Bij de Hoge Raad wezen vijf raadsheren, onder wie Bijnkershoeck, haar af. Er waren twee raads-

28 *Op. cit.*, p. 417B: ‘(...) sed tot specialia Statuta extant, quae vel ad partes nonnullas Hollandiae, vel ad singulares Urbes pertinent, ut si has recensere, et jus Zelandium addere placeret, integer Commentarius esset scribendus, Amoeniora quaedam dilibabimus.’

29 Obs. Tum. Nr. 350.

heren die een andere mening waren toegedaan. Eén van hen had volgens Bijnkershoeck de statuten niet goed gelezen. De ander wees erop dat naasting niet uitdrukkelijk was verboden. 'Maar zij moesten het afleggen tegen de anderen, terecht, naar mijn mening'.³⁰

In een geval waarbij de lagere instanties, de schepenen van Katendrecht en het Hof van Holland, een naasting hadden afgewezen, ontstond binnen de Hoge Raad een enorme discussie. Het (in)fameuze advies van De Groot kwam ter tafel, maar werd terzijde gelegd, zo constateert Bijnkershoeck tamelijk droogjes. De naasting werd uiteindelijk toch afgewezen, met slechts één tegenstem (niet Bijnkershoeck).³¹ Het is opvallend dat bij de twee laatste door hem beschreven arresten over naasting de strikte interpretatie van het naastingsrecht naar voren werd gebracht, en verworpen. In 1735 zijn het zelfs alle raadsheren, *nemine excepto* (niemand uitgezonderd), die opkomen voor de *mens statuti* (geest van het statuut).³² In 1730 behoort Bijnkershoeck tot de meerderheid die misbruik tegen het naastingsrecht wil tegengaan, door zich te keren tegen strikte interpretatie.³³ Het geringe aantal gevallen dwingt tot voorzichtigheid, maar het lijkt erop dat er twee Bijnkershoecken waren, de rechter en de geleerde.

Hoe het verder is gegaan in de Hoge Raad van Holland en Zeeland kunnen we vaststellen aan de hand van de door Bijnkershoecks schoonzoon Willem Pauw (1712-1787) voortgezette rechtbanknotities. Over de periode 1743 tot 1787 vermeldt Pauw veertien naastingszaken.³⁴ Wat opvalt is dat zodra het gaat om het naastingsrecht van de overheid er vrijwel steeds beschouwingen worden gewijd aan de herkomst van het betreffende recht.³⁵ Dit duidt erop dat deze vorm van naasting steeds verdedigd moest worden. Bij de andere vormen van naasting gebeurde het niet.

5 HET KEERPUNT EN DE MORAAAL

We komen nu op een keerpunt in de ontwikkeling van het (Hollandse) naastingsrecht, dat niet begrepen kan worden vanuit een juridische optiek alleen. Twee jaar na de dood van Pauw brak de Franse Revolutie uit die in 1795 een eind maakte aan de Republiek. Tijdens de discussies die volgden over de nieuwe inrichting van staat en maatschappij kwamen ook de verschillende

30 Obs. Tum. Nr. 1422 (aan het eind): 'Sed victi sunt ab aliis, jure merito, ut opinor (...)'. Deze *observation* is in enigszins aangepaste vorm terechtgekomen in de *Quaestiones juris privati*. Zie *Opera omnia* (nr. 27), p. 420B en 421.

31 Obs. Tum. Nr. 2454 [1728].

32 Obs. Tum. Nr. 2940.

33 Obs. Tum. Nr. 2580.

34 Zie het zaakregister van de *Observationes Tumultuariarum Novae*, Deel III (Haarlem 1972), s.v. 'naastingsrecht' en 'nakoop'.

35 Obs. Tum. Nov. nrs. 80 [1744], 350 [1750] (samen met nr. 609), 994 [1766] en 1375 [1777].

naastingsrechten aan de orde.³⁶ Dat het naastingsrecht van de overheid zou sneuvelen was geen verrassing, gezien de omstredenheid daarvan. De andere vormen van naasting werden echter meegesleurd in zijn val. Alles wat in verband werd gebracht met de feodaliteit diende te verdwijnen. Bijnkershoecks theorie over de feodale oorsprong van alle naastingsrechten, inmiddels weerlegd door geleerde schrijvers, vond een dankbare toepassing. Zoals ook nu de betiteling 'feodaal' of 'middeleeuws' haar uitwerking zelden mist.

In de woelige tijden van toen waren gematigde stemmen te horen. Bij voorbeeld de Leidse hoogleraar Van der Keessel (1738-1816). In zijn *Theses selectae juris Hollandici et Zelandici* (Uitgezochte stellingen van Hollands en Zeeuws recht) uit 1800 wordt kort de Hollandse (en Zeeuwse) praktijk weergegeven zoals hierboven beschreven. Met weglating van de overheidsnaasting. De zeer kundige praktijkjurist Joannes van der Linden (1756-1835) zag ook weinig problemen in het handhaven van de niet-feodale naastingsrechten. Eventuele misbruiken dacht hij te kunnen ondervangen door het familienaastingsrecht te beperken tot zeer nauwe bloedverwanten en door de termijn waarbinnen genaast mocht worden sterk in te korten.³⁷ Het mocht niet baten. In het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland van 1809 ontbreekt de naasting, net als in de Code Civil die hier tot 1838 zou gelden. Wat er nog van over is, althans er enigszins op lijkt is al eerder vermeld. De maatschappelijke behoefte tot een herinvoering is kennelijk niet erg sterk geweest. In de negentiende eeuw zal het politiek overheersende liberalisme hiertoe hebben bijgedragen. In de twintigste eeuw de toenemende verstedelijking en de verzwakking van de familiebanden.

Belangrijker is de moraal van dit verhaal in verband met dat andere recht dat op allerlei manieren knabbelt aan ons privaatrecht: het Europese. Wie zijn eigen recht wil beschermen tegen ongewenste 'vreemde' invloeden moet sterk zijn, of slim. Nederland is niet sterk. Is het wél slim? Bij het antwoord op de romeinsrechtelijke 'uitdaging' aan het adres van de in Holland en daarbuiten vigerende naastingsrechten is te zien hoe belangrijk het was zich de beginselen van dat Romeinse recht, in zijn toenmalige gedaante, eigen te maken en die vervolgens te gebruiken om de 'aanval' te pareren. Dus: romeinsrechtelijke teksten, zoals C. 4,38,14 *Dudum*, die tegen naasting lijken te pleiten, onschadelijk maken met, in dit geval, een al eerder beproefde *praeter legem* redenering. Daarmee was nog niet het gevaar afgewend dat naasting werd gezien als in strijd met de geest van het Romeinse recht. Daarvoor waren meer stappen nodig. De belangrijkste was het creëren van eigen beginselen van naasting, om zo tot een eigen geest te komen. Dat geschiedde door te wijzen op de grote verspreiding van de algemene regels van naasting, niet alleen in Holland maar ook elders in Europa. Zo ontstond een leerstuk rustend op de instemming

36 Voor een bondig overzicht, zie Moorman van Kappen (nr. 4), p. 16-20.

37 Zie zijn Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808 [Fontes iuris batavi rariores nr. 1], Amsterdam 1967, p. 160 (nr. 6) en p. 203-204 (art. 80-92).

van velen, zo niet allen. Al is er bij mijn weten niemand die het naastingsrecht rekende tot het volkerenrecht (*ius gentium*), het zat er dicht tegenaan. Daarmee was de onbillijkheid (in romeinsrechtelijke zin) weggenomen, als ook de daaruit voortvloeiende strikte interpretatie van het naastingsrecht. Dat is wat we zien gebeuren in de Hoge Raad van Holland en Zeeland ten tijde van Bijndershoek. Men legt uit in de geest (*mens*) van de naasting(sregel). Bij Pauw is dat niet meer in discussie, alleen nog de gegrondheid van de overheidsnaasting. Maar daarover waren al veel eerder, door Simon van Leeuwen bij voorbeeld, bedenkingen geuit.

Als ik dit mag transponeren naar het heden. Maak niet de fout van Voet door de beginselen van het Romeinse recht en, in dit geval, die van het naastingsrecht door en naast elkaar te behandelen. Ze verdragen elkaar namelijk slecht op de punten waarom het gaat. Geef de eigen beginselen een eigen plaats, structuur en status. Het klinkt raar, maar voor het Hollandse naastingsrecht heeft het daarover handelende hoofdstuk in de *Inleidinge* van De Groot, zijns ondanks, als zodanig gefunctioneerd. Latere auteurs, zoals Van Leeuwen en Van der Keessel, gebruikten het stramien van de *Inleidinge* voor hun uiteenzettingen over Hollands recht. Zo kreeg het Romeinse recht vanzelf een minder prominente plaats. Daarom spreekt mij het voorstel van Smits om het Europese privaatrecht in een apart gedeelte van ons Burgerlijk Wetboek onder te brengen wel aan.³⁸ Het heeft in ieder geval het voordeel dat het Nederlandse wetboek niet steeds meer gaat lijken op een onsamenhangende lappendeken. Er ontstaat dan inderdaad een soort rechtsconcurrentie, maar wel een zichtbare. Met twee wetboeken valt te leven mits de Nederlandse rechter interpretatieregels ontwikkelt die niet automatisch uitgaan van voorrang van het recht van Europese herkomst. Zo kun je, desgewenst, het Europese recht Nederlandser maken. Dat is wat Bijndershoek en Pauw als rechter deden met het hun zo dierbare Romeinse recht.

En wat dat Manifest betreft: er bestaat toch al een Europees Sociaal Handvest dat de eenzijdige kanten van de Principles of European Contract Law kan verzachten? Een zinvolle koppeling moet hier mogelijk zijn. Maar wel afblijven van de Principles, want die staan inderdaad voor de technische kant van het recht.

38 Zie J.M. Smits, 'Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid', in: *Europese integratie*, (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2006-I), p. 57-104.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2005 en 2006 verschenen:

- MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2
- MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8
- MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3
- MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoot tot DNA-profiel B van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3
- MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6
- MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 130 2811 X
- MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid*, Deventer: Kluwer 2005
- MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1302 776 8
- MI-91 R. Haveman & H. Wiersinga, *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 116 7
- MI-92 P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsoverdrachtelijke zijde van het eigendomsrecht*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 131 0.
- MI-93 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 633 6
- MI-94 W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 063 7
- MI-95 F. Hamburg, *Een computermodel voor het ondersteunen van euthanasiebeslissingen*, (diss. Leiden), Antwerpen: Maklu 2005, ISBN 90 4660 020 3
- MI-96 J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2005, ISBN 90 5850 147 7
- MI-97 J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 156 0
- MI-98 A.O. Lubbers, M. Schuver-Bravenboer & H. Vording (red.), *Opstellen fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 212 5
- MI-99 V. Van Den Eeckhout, C.J. Forder, E. Hooghiemstra, E. Nicolai & S.K. van Walsum, *Transnationale gezinnen in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 652 2
- MI-100 J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 741 3
- MI-101 G.C. Coteanu, *Cyber Consumer Law. State of the Art and Perspectives*, (diss. Leiden) 2005, Roemenië: Humanitas 2005, ISBN 973 50 1106 9
- MI-102 BWKJ-21: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis, L. Reurich & G.J.M. Verburg, *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 097 1
- MI-103 A. Tsoutsanis, *Het merkepot te kwader trouw*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 13 03252 4
- MI-104 E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03328 8
- MI-105 A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*, (oratie Leiden), Leiden: NJCM-boekerij 2006, ISBN 90 6750 046 1
- MI-106 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 568 X

- MI-107 N.J.H. Huls & Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument?*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 5454 697 2
- MI-108 W. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 54547 12 X
- MI-109 T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 660 0
- MI-110 N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject*, Leiden: Leiden University Press 2006, ISBN 90 8728 004 1
- MI-111 R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, (diss. Leiden) 2006
- MI-112 J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03837 9
- MI-113 W. Huisman, M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht: nieuwe doelwitten en nieuwe strategieën*, Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 732 4
- MI-114 A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03851 4
- MI-115 T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 852 2
- MI-116 Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 756 9
- MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0
- MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, (diss. Leiden) 2007
- MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7
- MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek

Eerder verschenen in de BWKJ-reeks:

- BWKJ 1 (1985): BW-NBW: Twee sporen, één weg
- BWKJ 2 (1986): NBW: Vliegen zonder vleugels
- BWKJ 3 (1987): Schadeverhaal
- BWKJ 4 (1988): Oud en nieuw
- BWKJ 5 (1989): Een internationale code
- BWKJ 6 (1990): Rechterlijke macht en Nieuw BW
- BWKJ 7 (1991): Practicum Nieuw BW. Enkele praktische wenken bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek
- BWKJ 8 (1992): Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op 10 bijzondere rechtsgebieden
- BWKJ 9 (1993): Beginselen van vermogensrecht
- BWKJ 10 (1994): Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht
- BWKJ 11 (1995): Europees contractenrecht
- BWKJ 12 (1996): Onrechtmatige daad
- BWKJ 13 (1997): Import en export van burgerlijk recht
- BWKJ 14 (1998): Koop!
- BWKJ 15 (1999): Civiele constructies
- BWKJ 16 (2000): Tijd en onzekerheid
- BWKJ 17 (2001): Recht(er) en belang
- BWKJ 18 (2002): Gemeenschap
- BWKJ 19 (2003): Doel en effect van civielrechtelijke sancties
- BWKJ 20 (2004): Termijnen
- BWKJ 21 (2005): Rechtseenheid en vermogensrecht
- BWKJ 22 (2007): Europees contractenrecht. Techniek en moraal