

CONTRACTSDWANG

mr P. Klik LL.M

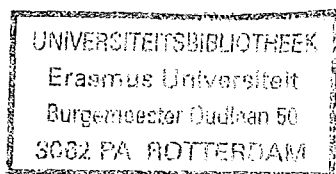
**DE GLOBAL NOTE EN DE
NEMO PLUS-REGEL**

mr P. Kuipers

Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor
Burgerlijk Recht

1992
Koninklijke Vermande bv
Uitgevers sinds 1750

mr P. Klik LL.M. is universitair docent bij de vakgroep privaatrecht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.
mr P. Kuipers is bedrijfsjurist bij Unilever N.V. te Rotterdam.



Omslag: C. Koevoets

ISBN 90 5458 0267
NUGI 692

© 1992, Koninklijke Vermande b.v., Lelystad

De uitgever is zich ervan bewust dat, ondanks de zorg die redactie en uitgever besteden aan de samenstelling van de uitgave, onvolkomenheden kunnen ontstaan. Hiervoor kunnen de uitgever en de dactie helaas geen enkele aansprakelijkheid aanvaarden.
Voor suggesties aangaande verbetering van de uitgave houdt de uitgever zich aanbevolen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, 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.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16B Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

INHOUD

Blz.

Contractsdwang

mr P. Klik LL.M.

1	Inleiding: terreinverkenning	1
1.1	Inleiding	1
1.2	Contractsdwang: een omschrijving	2
1.3	Plan van behandeling	4
2	Contractsdwang en contractsvrijheid	5
2.1	Contractsvrijheid en haar beperkingen	5
2.2	De regulerende rol van de overheid: vrijheid beperkt ..	7
2.3	Deregulering en privatisering	9
2.4	Overheid en overeenkomsten	11
2.5	Economische dwang en mededinging	13
2.6	Discriminatie	16
2.7	Grondrechten	17
2.8	Contractsdwang: inpassing binnen het systeem	20
3	Contractsdwang en openbaar aanbod	25
3.1	Inleiding	25
3.2	Openbaar aanbod	26
3.2.1	Geschiedenis	26
3.2.2	Openbaar aanbod, contractswegering, en contractsdwang	29
3.2.3	Belemmeringen voor een openbaar aanbod	30
3.2.3.1	Vrije partnerkeuze	30
3.2.3.2	Kwantiteit	33
3.3	Conclusies	34
4	Enkele voorbeelden van contractsdwang	35
4.1	Inleiding	35
4.2	Wonen	38
4.2.1	Inleiding: woonrecht als grondrecht	38
4.2.2	Vorderen	40
4.2.3	Kraken	42
4.2.4	De verhuurder	46

	Blz.
4.2.5 Criteria bij toewijzing: kredietwaardigheid en huurachterstand	49
4.2.6 Botsende (grond)rechten: overlast	51
4.2.7 Tot slot	52
4.3 Levering van energie en water door nutsbedrijven	53
4.3.1 Inleiding	53
4.3.2 Wetgeving	54
4.3.3 Standaardvoorwaarden ('AV')	55
4.3.4 Contractsdwang: plicht tot levering	55
4.3.5 Plicht tot aansluiting c.q. gaan leveren	56
4.3.6 Onderbreking of staken van levering, afsluiting	60
a. inleiding	60
b. procedurele zorgvuldigheid	61
c. gronden voor onderbreken van levering in de AV	62
d. staken van levering wegens schulden	63
4.3.7 Algemene voorwaarden of algemeen verbintenissenrecht	65
4.3.8 Tot slot	68
5 Rechtsvergelijking: Duits recht	68
5.1 Algemeen	68
5.2 Larenz, Bydlinski	70
6 Rechtsvergelijking: Amerikaans recht	73
6.1 Inleiding	73
6.2 Compulsory contracts	75
6.3 Public callings en public service companies	76
6.4 Restatement of Torts	79
6.5 Tort law	81
6.6 Monopolies	81
6.7 Common law en discriminatie	84
7 Samenvatting en conclusies	84
7.1 Samenvatting	84
7.2 Conclusies	87

CONTRACTSDWANG*)

mr P. Klik LL.M.

1. Inleiding: terreinverkenning

1.1 Inleiding

Bij contractsdwang gaat het om de vraag of er een verplichting bestaat om met een ander de door deze gewenste contractuele rechtsbetrekking aan te gaan. Enkele voorbeelden kunnen dit verduidelijken. Zo kan men zich afvragen of de Nederlandse Spoorwegen verplicht zijn een ieder te vervoeren. Als er voor de spoorwegen een dergelijke algemene plicht bestaat, dan rijst de vraag of bepaalde groepen (voetbalsupporters in het algemeen) of individuen (een voetbalsupporter die reeds eerder in de trein vernielingen heeft aangericht) geweigerd mogen worden. Een soortgelijke vraag naar de plicht tot levering kan men stellen voor het elektriciteitsbedrijf. Kan het bedrijf weigeren stroom te leveren, of is elektriciteit een zodanig belangrijke voorziening dat in beginsel aan iedereen geleverd moet worden? Mag de eigenaar van het enige café in het dorp klanten weigeren met als argument: 'jouw gezicht staat mij niet aan'? Geldt hetzelfde voor de plaatselijke bakker? Indien men in deze gevallen besluit dat er gecontracteerd dient te worden, kan men spreken van contractsdwang.

Contractsdwang is in de Nederlandse rechtswetenschap geen duidelijk verankerd begrip. Wanneer men in de literatuur op zoek gaat treft men in de handboeken geen verhandelingen aan over de rol van dit begrip in ons recht, en ook in andere bronnen zoals monografieën, bijdragen aan feestbundels, en tijdschriftartikelen is het onderwerp nog niet apart voorwerp van beschouwing geweest.¹⁾ Wel kan worden gewezen op het proefschrift van Nagelkerke over contractswegering.²⁾ In de inleiding van zijn proefschrift spreekt Nagelkerke over een ruim begrip contractsvrijheid en - als een onderdeel daarvan - over *contracteervrijheid*: de bevoegdheid om al of niet een overeenkomst te sluiten. Na gewezen

*) Met dank aan mijn collega's op de Erasmus Universiteit en prof J.M. van Dunné voor hun suggesties en opmerkingen op (delen van) de concept-tekst. Veel dank ben ik verschuldigd aan de student-assistenten M. Ricci, A.E. Patavina, en vooral A. van Meurs, die bij het verzamelen van materiaal veel werk verzet hebben.

¹⁾ Het begrip wordt (zijdelings) genoemd door onder andere Van der Grinten in zijn noot bij *Buna - Brinkmann* (HR 24-5-1968, *NJ* 1968, 252) in AA 1969, p. 133 op p. 134; H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelhenningen*, diss. RUU, Ars Aequi Libri Nijmegen 1981, p. 247; vergelijk ook P.A.M. Meijknecht, *Planverbintenissen*, diss., VU, Tjeenk Willink Zwolle 1979, p. 142. Zie ook noot 5 infra.

²⁾ J.J. Nagelkerke, *Contractweigerung* in het *Franse en Nederlandse recht*, diss. VU Kluwer Deventer 1973.

te hebben op de geleidelijke beperking van de contractsvrijheid stelt Nagelkerke:

'In verband hiermede is in stijgende mate de vraag actueel geworden of ook de vrijheid om te weigeren een overeenkomst aan te gaan beperkingen kent, dan wel dient te kennen.'³⁾

Nagelkerke was van mening dat bij onrechtmatige contractswijgering als regel schadevergoeding in aanmerking komt.⁴⁾ Bij contractsdwang ligt de nadruk meer op de vraag of er een zodanige situatie is dat *de effecten van een contract* gerealiseerd dienen te worden. Hiermee is een verschil in benadering aangegeven. Duidelijk zal echter zijn dat delen van het proefschrift van Nagelkerke over contractswijgering ook relevant zijn voor het onderwerp contractsdwang.

1.2 Contractsdwang: een omschrijving

Nu reeds aan de hand van enkele voorbeelden geïllustreerd is waar het bij contractsdwang om gaat, kan het begrip nader worden omschreven. Boven werd reeds een omschrijving, ontleend aan de beschrijving van *Kontrahierungszwang* in het Duitse recht,⁵⁾ gegeven: bij contractsdwang gaat het om de verplichting met een ander de door deze gewenste contractuele rechtsbetrekking aan te gaan.

Bij deze omschrijving moeten ter verduidelijking enkele kanttekeningen worden geplaatst, waardoor tevens de inhoud van dit preadvies nader afgeperkt wordt. Ten eerste blijkt dat het gaat om een verplichting tot het *aangaan* van een contract. Het gaat niet om verplichtingen ontstaan uit het doen van een aanbod; indien immers een aanbod wordt geaccepteerd is door de acceptatie reeds een overeenkomst ontstaan. Er zijn echter duidelijk raakvlakken tussen contractsdwang en het doen van een aanbod. Zo zou men de hierboven gegeven voorbeelden van het dorpscafé of de bakker kunnen oplossen door te spreken over een 'openbaar aanbod'. Op de verhouding tussen contractsdwang en het doen van een aanbod wordt in hoofdstuk 3 verder ingegaan.

Een tweede opmerking betreft de basis van de toe te passen contracts-

³⁾ id., p. 1.

⁴⁾ Hij wijst echter ook op de mogelijkheid om, in navolging van *Pos - Van den Bosch*, HR 17-1-1967, *NJ* 1968, 42 (GJS), AA 1968, p. 22 (G.) te komen tot een veroordeling om te contracteren, a.w., p. 115-116.

⁵⁾ Voor Duits recht zie uitgebreider hoofdstuk 5. Af en toe vindt men in de Nederlandse literatuur een verwijzing naar 'Kontrahierungszwang', zonder dat er echter uitvoerige beschouwingen aan zijn gewijd. Vergelijk het in hoofdstuk 3 nog te bespreken proefschrift van Polderman, zie ook P.A. Stein, *Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Excelsior 's-Gravenhage 1957, pp. 30, 78-79; J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht in ontwikkeling*, Supplement 1986, Kluwer Deventer 1986, p. 16-17.

dwang. In sommige van de boven gegeven voorbeelden kan contractsdwang herleid worden tot een wettelijke bepaling (bij de spoorwegen art. 31 Spoorwegwet, bij het elektriciteitsbedrijf art. 12 lid 3 Elektricitwet 1989), in de andere gevallen (dorpscafé, bakker) niet. Er is op voorhand geen aanleiding om een onderscheid te maken tussen 'wettelijke' en 'niet-wettelijke' contractsdwang. Op de vraag hoe een plicht tot contracteren in ons rechtssysteem past wordt in een volgend hoofdstuk, § 2.8, ingegaan.

Een derde opmerking, met betrekking tot de inhoud van de verplichtingen van degene die aan contractsdwang onderworpen is, houdt verband met de vorige vraag. In de boven gegeven omschrijving van contractsdwang wordt er van uitgegaan dat er een *contractuele* relatie tot stand dient te komen, maar even goed zou men kunnen stellen dat bij contractsdwang de relatie niet uit contract maar uit de wet voortvloeit. Een en ander heeft consequenties voor de inhoud van de verplichtingen van partijen. Over de inhoud van de verplichtingen wordt in de omschrijving verder niet gesproken. De omschrijving van contractsdwang als een verplichting met een ander *de door deze gewenste* contractuele rechtsbetrekking aan te gaan is vaag, in tegenstelling tot een specifiekere omschrijving, bijvoorbeeld met de term *het door deze gewenste contract*, hetgeen echter verkeerd opgevat zou kunnen worden in de zin dat de inhoud van de overeenkomst eenzijdig door de ander wordt vastgesteld. Centraal in het preadvies staat de vraag naar de plicht een contractuele relatie aan te gaan. Aangezien echter deze kwestie niet volledig los gezien kan worden van de vraag naar de inhoud van het contract, wordt op verschillende plaatsen (§§ 2.5, 2.8, 4.3.7) de kwestie besproken. In dit verband kan worden gewezen op contracten met standaardvoorwaarden: contractsdwang is makkelijker toe te passen in een situatie waarin met standaardvoorwaarden gewerkt wordt. Dit is overigens een andere kwestie dan het 'dwang'element dat uitgaat van adhesiecontracten - een contract kan slechts op eenzijdig vastgestelde voorwaarden gesloten worden, 'take it or leave it', waarop hier verder niet wordt ingegaan.

In de omschrijving van contractsdwang is bewust opgenomen dat het gaat om de verplichting *de door een ander gewenste* contractuele relatie aan te gaan. Men zou dit ook kunnen lezen als 'de verplichting met een ander op diens verzoek een contract te sluiten'. Zo dient men bij een verzekeringsplicht zorgvuldig onderscheid te maken. De verzekeringsplichtige die op grond van de wet verplicht is zich te verzekeren (denk aan wettelijke aansprakelijkheid voor automobilisten) ondergaat een 'dwang tot contracteren', maar van contractsdwang in de zin van de hierboven gegeven omschrijving is pas sprake als de verzekeraar verplicht is op verzoek een dergelijke verzekering af te sluiten.

Ten slotte wordt gewezen op het element van de plicht om de contractuele relatie 'aan te gaan'. Bij contractsdwang kan men ook denken aan de verplichting om de contractuele relatie te *continueren*. Dezelfde elementen die tot een beslissing leiden over de plicht om de relatie aan te gaan zullen relevant zijn voor de vraag of de relatie beëindigd mag worden. Waar nodig wordt in het navolgende aandacht geschonken aan de plicht tot continuering van de rechtsbetrekking, zie met name hoofdstuk 4, § 4.3., waarin de plicht van nutsbedrijven om te blijven leveren behandeld wordt.

1.3 Plan van behandeling

Na bovenstaande inleidende opmerkingen is een beeld ontstaan van het te bestrijken terrein. Bij contractsdwang gaat het om de plicht tot contracteren. Contractsdwang maakt inbreuk op de contractsvrijheid. De vraagstelling luidt als volgt: in hoeverre en onder welke omstandigheden moet de contractsvrijheid van een partij wijken, ten gunste van contractsdwang.

In het volgende hoofdstuk wordt eerst in het algemeen iets gezegd over de contractsvrijheid, en de invloed van maatschappelijke omstandigheden op dit begrip. Aan de orde komen: de idee van contractsvrijheid in de klassieke opvatting, de beperking van de economische vrijheid door de toegenomen invloed van de overheid op het economisch leven, privatisering, de overheid en overeenkomsten, economische dwang en mededinging, discriminatie en grondrechten. Ter afronding van hoofdstuk 2 worden enkele gedachten ontwikkeld over de inpassing van een verbintenis op grond van contractsdwang in het wettelijk systeem.

Contractsdwang wordt in hoofdstuk 3 in relatie gebracht met het openbaar aanbod. Dit hoofdstuk is geschreven vanuit de gedachten-gang dat elementen die een belemmering vormen voor de figuur van het openbaar aanbod ook voor contractsdwang relevant zijn. Met name worden behandeld de vrije partnerkeuze en kwantiteitsproblemen.

In hoofdstuk 4 passeren verschillende situaties de revue, waarbij sprake is c.q. zou kunnen zijn van contractsdwang. In § 4.1 wordt de aandacht gevestigd op enkele vormen van (uitdrukkelijk) op de wet gebaseerde contractsdwang. Vervolgens wordt in § 4.3. onderzocht in hoeverre in het woonrecht sprake is van contractsdwang, in die zin dat er een afdwingbaar recht op huur van woonruimte bestaat. In § 4.2 wordt de plicht van nutsbedrijven om energie en water te leveren nader beschouwd.

In de hoofdstukken 5 en 6 wordt aandacht besteed aan buitenlands recht. In hoofdstuk 5 wordt eerst kort een overzicht gegeven van Duits

recht, en vervolgens worden de opvattingen van met name Bydlinski behandeld. In hoofdstuk 6 volgt een weergave van Amerikaans recht. Een meer geïntegreerde, rechtsvergelijkende, verwerking van het buitenlandse recht in de tekst over het Nederlandse recht bleek niet mogelijk, wel wordt in het laatste hoofdstuk bij de conclusies kort ingegaan op het buitenlandse recht. De conclusies zijn te vinden in hoofdstuk 7, voorafgegaan door een samenvatting.

2. Contractsdwang en contractsvrijheid

2.1 Contractsvrijheid en haar beperkingen

In Nederland is de idee van de contractsvrijheid één van de beginselen waarop het overeenkomstenrecht berust. Onder contractsvrijheid kan worden verstaan de bevoegdheid overeenkomsten te sluiten wanneer men wil, met wie men wil en met welke inhoud men wil. Onderdeel van de contractsvrijheid is de *contracteervrijheid*: de vrijheid al of niet een overeenkomst te sluiten.⁶⁾ Contractsdwang, de verplichting met een ander de door deze gewenste contractuele relatie aan te gaan, staat haaks op de gedachte van de contracteervrijheid. Een bespreking van contractsdwang begint bijna noodzakelijkerwijs met een bespreking van de contracteervrijheid. De aandacht gaat daarbij al snel uit naar de vraag in hoeverre deze vrijheid absoluut is, en in welke opzichten zij reeds beperkt kan worden geacht. Hoewel gelet op het onderwerp contractsdwang in feite de 'contracteervrijheid' centraal staat, lijkt het, aangezien de verschillende aspecten van de contractsvrijheid vaak samen behandeld worden, zinvol om aandacht te schenken aan de beperkingen die de contractsvrijheid 'in ruime zin' heeft ondergaan.⁷⁾

Bregstein verklaart in het *Gedenksboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*⁸⁾ de soepelheid van het contractenrecht, dat in zijn algemene bepalingen 100 jaar ongewijzigd was, vanuit 'de vrijheid van contracteren'. De vrijheid van contracteren is door de rechtspraak steeds volledig gerespecteerd; de afspraak van partijen maakt echter niet de hele overeenkomst uit. Hierbij dient tevens naar art. 1374 lid 3 en art. 1375 te worden gekeken. Na de bespreking van een aantal rechterlijke beslissingen

⁶⁾ Zie Nagelkerke, *a.w.*, p. 1.

⁷⁾ Zie naast de hieronder besproken auteurs ook N. de Beneditty, Evolutie van 'autonome' naar 'heteronome' overeenkomst?, *WPNR* 3379 en 3380 (1934); C.H.F. Polak, *Het geleide contract*, Veenman Wageningen 1947 (oratie); A. van Oven, *Aere perennius*, Tjeenk Willink Zwolle 1956 (oratie); T. Koopmans, *Contractueel stippelwerk*, Samsom Alphen a/d Rijn 1965 (oratie), ook in: Juridisch stippelwerk, Kluwer Deventer 1991, p. 3; M.A. Kakebeke-van der Put, De grenzen van de vrijheid, in: *Praesidium libertatis*, Kluwer Deventer 1975, p. 73.

⁸⁾ M.H. Bregstein, De ontwikkeling van de algemene contractenleer in het B.W. van 1838 tot heden, in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.) *Gedenksboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Tjeenk Willink Zwolle 1938, p. 437.

concludeert hij ten aanzien van deze uitspraken: 'alle maken een juist en doelmatig gebruik van de gedachte dat de overeenkomst meer inhoud heeft dan de sobere afspraak van partijen'.⁹⁾ Bregstein accentueert dat beperkingen van de contractsvrijheid steeds aanwezig geweest zijn, maar wijst op het toenemend aantal bepalingen van dwingend recht waardoor de partijautonomie wordt teruggedrongen. Hij wijst er op dat dit ingrijpen door de wetgever niet in strijd is met het wetssysteem van contractsvrijheid:

'Ik kan niet genoeg herhalen, dat onze wet alleen *wettiglijk* gemaakte overeenkomsten erkent. De overeenkomst staat nooit boven, maar is steeds ondergeschikt aan de heersende rechtsorde.'¹⁰⁾

Beekhuis beziet in zijn rede uit 1953 over *Contract en contractsvrijheid*¹¹⁾ enkele vormen van inbreuk op de contractsvrijheid. Hij constateert met name de toegenomen invloed van de overheid, bijvoorbeeld op het vlak van nietigheden. Beekhuis stelt dat hoe langer hoe meer met nietigheid bedreigd wordt in gevallen, waarin het ongeoorloofde karakter van het contract alleen gelegen is in het feit dat het in strijd is met de wil van de overheid. De band tussen verboden contract en onzedelijk contract is doorgesneden. Verder wijst hij op de situatie waarin de overheid de inhoud van een overeenkomst bepaalt. Opvallend is dat Beekhuis aan één en ander de conclusie verbindt dat onder omstandigheden het begrip 'toestemming' anders gezien dient te worden, hetgeen hij illustreert met een voorbeeld van een huurster die toezegt de 'zwarte' (op grond van de wet te hoge) huur te zullen betalen. Ten slotte wijst Beekhuis op de beperking van de contracteervrijheid door de overheid. Beekhuis schetst een ontwikkeling in fases: eerst het verplicht stellen van het doen van een aanbod (wettelijk monopolie: Spoorwegen), vervolgens ook het verplichten van de aanvaarding (verplichting tot aansluiting aan de waterleiding), en tenslotte het totstandkomen van het contract geheel buiten partijen om ('wettelijk contract'). Hij waarschuwt dat partijen zich aan gedwongen contracten minder gebonden zullen voelen, en dat partijen, onverschillig van wat de wetgever bepaalt, op de oude voet zullen doorcontracteren, zodat het 'zwarte contract' ontstaat.

Ook Kamphuisen heeft, in een preadvies, de aandacht gevestigd op de vloed van overheidsmaatregelen die met name na de Eerste Wereldoor-

log de contractsvrijheid hebben ingeperkt.¹²⁾ Hij schenkt niet alleen aandacht aan wetgeving, maar ook aan andere procédés (goedkeuring overheidsinstantie, wijziging van overeenkomst door overheid, gebod om bestaande overeenkomsten te continueren). Kamphuisen wijst op de gevaren van te grote beperking van de contractsvrijheid.

Bij beperking van de contractsvrijheid kan men ook denken aan de vergaande standaardisering van de gesloten contracten. Men onderhandelt niet meer als individu over een contract, maar men treedt in zijn 'status' van consument, werknemer, etc. toe tot een contract, het *adhesiecontract*.¹³⁾ Uiteindelijk bepaalt men echter zelf of men al dan niet contracteert, en hoewel gesproken kan worden van beperking van de contractsvrijheid, is er geen sprake van een beperking van de *contracteervrijheid*. Het fenomeen van de algemene voorwaarden wordt verder, zoals reeds gesteld in het eerste hoofdstuk, buiten beschouwing gelaten.

Zoals uit de weergave van de opvattingen van enkele auteurs blijkt, ligt een zeer belangrijke beperking van de contractsvrijheid in wet- en regelgeving door de overheid.¹⁴⁾ In dit verband valt niet alleen te denken aan crisiswetgeving, zoals die in en rond de twee wereldoorlogen gegolden heeft,¹⁵⁾ maar ook aan de structureel gegroeide rol van de overheid zoals deze tot uitdrukking komt in het bestuursrecht en het economisch recht.

2.2 De regulerende rol van de overheid: vrijheid beperkt

Het overeenkomstenrecht, zoals neergelegd in het oude Burgerlijk Wetboek, is gevormd in de periode van het economisch liberalisme. De rol van de overheid in het maatschappelijk leven is sinds de 19e eeuw gegroeid. Zo is de 'nachtwachstaat' geleidelijk aan vervangen door de 'verzorgingsstaat'.¹⁶⁾ Met name na de crisisjaren en de Tweede Wereldoorlog is de rol van de overheid op economisch terrein gegroeid. Deze groei laat zich kennen uit de opkomst van een nieuw juridisch vakterrein, het economisch recht. 'Economisch recht' kan worden gedefinieerd als die onderdelen van het recht (normen en bevoegdheidsbe-

⁹⁾ *id.*, p. 442.

¹⁰⁾ *id.*, p. 455.

¹¹⁾ J.H. Beekhuis, *Contract en contractsvrijheid*, Groningen J.B. Wolters 1953, ook in: Geschriften van J.H. Beekhuis, Tjeenk Willink Zwolle 1989, p. 177.

¹²⁾ Zie P.W. Kamphuisen, *Contractsvrijheid*, preadvies voor Thijmgenootschap, Het Spectrum Utrecht 1957 p. 1.

¹³⁾ Zie ook Asser-Hartkamp 4 II (1989) nr. 42.

¹⁴⁾ Zie ook over de sterkere bemoeienis van de overheid met het marktmechanisme Asser-Hartkamp 4 II (1989) nr. 43.

¹⁵⁾ Zie Asser-Hartkamp 4 II (1989) nr. 43.

¹⁶⁾ Zie voor een genuanceerde samenvatting van de verschillen P. de Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* Deel I Ontwikkeling, organisatie, instrumentarium, Kluwer Deventer 3e druk 1986, p. 8.

palingen) die overheden ten dienste staan bij het voeren van hun economisch beleid.¹⁷⁾

Voor een overzicht van de geschiedenis van het economisch recht kan kortheidshalve naar de handboeken worden verwezen,¹⁸⁾ hier kan worden volstaan met het volgende. Het economisch recht is in Nederland als crisiswetgeving begonnen. Tijdens de Tweede Wereldoorlog waren er al noodmaatregelen, en na de bevrijding werd er een strak wederopbouwbeleid gevoerd. De eerste van een serie regulerende wetten (bijvoorbeeld de Winkelsluitingswet) kwam in de jaren vijftig tot stand, een serie die in de loop der tijd alleen maar gestaag groeide.¹⁹⁾ Genoemd kan ook worden de Wet Economische Delicten. In deze periode kwam er meer aandacht voor het mededingingsbeleid. In de loop der jaren is een loon- en prijsbeleid gevoerd en zijn fiscale instrumenten ontwikkeld die invloed hadden op de economische activiteiten.²⁰⁾ Voorts kan nog genoemd worden de Publiekrechtelijke Bedrijfs Organisatie, inclusief de Sociaal Economische Raad. En ten slotte kan niet onvermeld blijven de Europese dimensie, die vanaf 1958 invloed heeft gehad, de laatste jaren in een hevigheid die alleen maar lijkt te acceleren. De gedachte dat de overheid slechts een bescheiden plaats in het economisch leven toekomt is ver naar de achtergrond verdwenen. Met dit alles heeft ook de gedachte van de (economische) vrijheid van de burger een sterke relativisering ondergaan. In de periode tussen de Tweede Wereldoorlog en het einde van het communisme in het Oostblok is veelal in termen van de tegenstelling tussen markteconomie en planeconomie²¹⁾ gedacht. Hoewel in Nederland altijd is vastgehouden aan het uitgangspunt van de markteconomie, is ontegenzeggelijk de rol van de overheid versterkt, en vaak is in deze context gesproken van een gemengd systeem.²²⁾

Op velerlei gebied is vrijheid ingeperkt, en de burger is er aan gewend geraakt dat hij met voorschriften rekening moet houden. Zo moeten voor talloze activiteiten vergunningen worden aangevraagd. Deze

plicht vloeit vanzelfsprekend niet alleen voort uit het economisch recht, maar tevens uit het algemene²³⁾ bestuursrecht dat zich na de Tweede Wereldoorlog in een snel tempo ontwikkeld heeft. Van een rechtstreekse dwang om bepaalde handelingen te verrichten is geen sprake, maar wel is die gedachte in het denken van na de Tweede Wereldoorlog meer acceptabel geworden. De overheid is, ondanks een duidelijke trend naar 'deregulering' in de laatste tien jaar, als behartiger van het algemeen belang nog steeds duidelijk in allerlei vormen aanwezig. Parallel aan de idee van de 'verzorgingsstaat' is de idee van de 'waarborgstaat' gegroeid: de rechten van individuen moeten gewaarborgd zijn. In eerste instantie richtte de aandacht zich op het creëren van waarborgen tegen de overheid, later heeft dit idee meer algemene vormen aangenomen. Hoewel de 'verzorgingsstaat' inmiddels in een crisis zit, en nog onduidelijk is hoe, wanneer, en of zij de crisis zal overleven, is het idee van de rechten van individuen springlevend. Opvallend is dat in de bloeiperiode van het (sociaal)economisch recht (relatief) weinig aandacht is besteed aan beginselen en grondslagen zoals de contractsvrijheid. Deze aandacht lijkt nu weer toe te nemen.²⁴⁾

2.3 Deregulering en privatisering

Geconstateerd werd dat de overheid in toenemende mate een rol is gaan spelen in het economisch leven. Deze groeiende rol ging met veel regelgeving gepaard. Omstreeks begin jaren '80 kwamen de negatieve effecten van (te)veel regelgeving sterk in het middelpunt van de belangstelling te staan. De verzorgingsstaat had zijn grenzen bereikt. 'Deregulering' werd het nieuwe wondermiddel waar men (te)veel van verwachtte. Het streven naar deregulering bracht een grote belangstelling voor privatisering met zich mee. De achterliggende gedachte is dat de overheid, die de beloftes van de welvaartsstaat steeds moeilijker kan inlossen, taken dient af te stoten c.q. in de vorm van een private onderneming op de markt dient aan te bieden.²⁵⁾

Bij 'privatisering' gaat het om het afstoten of uitbesteden van taken, of het verzelfstandigen van diensten.²⁶⁾ De vraag rijst wat de positie is van

¹⁷⁾ Zie J.Th. Degenkamp, *Inleiding economisch recht*, Samson Alphen a/d Rijn 2e druk 1989, p. 20. Zie ook de door A. Mulder en R.A.A. Duk, *Schets van het sociaal-economisch recht in Nederland*, Tjeenk Willink Zwolle, 3e druk 1985, p. 3 gegeven definitie van sociaal-economisch recht: het door de overheid uitgevaardigde recht, dat ten doel heeft rechtstreeks of middellijk de instelling of de werking van de markt te beïnvloeden.

¹⁸⁾ Zie Mulder en Duk, *a.w.*, p. 3 e.v.; Degenkamp, *a.w.*, § 1.2; zie ook De Haan c.s., *a.w.*, Deel 1, p. 11.

¹⁹⁾ Zie voor - vanuit een wat andere invalshoek - illustraties van beperkingen van de contractsvrijheid door wetgeving Kamphuisen, *a.w.*, p. 10-11, vergelijk ook dezelfde op p. 14-17.

²⁰⁾ Vreemd genoeg worden in algemene beschouwingen over (sociaal) economisch recht fiscale aspecten weinig of niet genoemd.

²¹⁾ Over contractsdwang en planeconomie zie Kamphuisen, *a.w.*, p. 21-23. Vergelijk ook Meijknecht, *a.w.*

²²⁾ Zie F. Hartog (bew.), Andriessen/Miedema/Oort/Ridder *De sociaal-economische besturing van Nederland*, Wolters-Noordhoff Groningen 3e druk 1990, hoofdstuk 8.

²³⁾ Economisch recht wordt wel geclassificeerd als een onderdeel van het bestuursrecht, zie Mulder en Duk, *a.w.*, p. 53.

²⁴⁾ Zie K. Hellingman en K.J.M. Mortelmans, *Economisch publiekrecht*, Kluwer Deventer 1989, met name Hoofdstuk 7. Vergelijk ook Mulder en Duk, *a.w.*, p. 27-29.

²⁵⁾ Zie hierover onder meer de Kronieken van het economisch recht van R. Fernhout en/of H.J. De Ru, *RM Themis* 1984, p. 55, *RM Themis* 1985, p. 126, *RM Themis* 1986, p. 65.

²⁶⁾ Ook verkoop van staatsdeelnemingen kan als vorm van privatisering worden gezien. Zie H.J. de Ru, *Staat, markt en recht* De gevolgen van privatisering voor het publiekrecht, Tjeenk Willink Zwolle 1987, p. 16-17, vergelijk ook dezelfde in *a.w.* 1981, op pp. 75-83 en 117-125. Zie ook A. van der Feltz, *Privatisering*, *AA* 1984, p. 210; J.A.F. Peters, *Privatisering* gezien vanuit een ander juridisch perspectief, *TvO* 1989, p. 148 en p. 175.

degenen die van de diensten van de overheid afhankelijk zijn. Opvallend is dat in de discussies over privatisering deze vraag naar de positie van degenen die belang hebben bij de diensten van de overheid, de burger/consument, verrassend weinig is gesteld;²⁷⁾ de aandacht richt zich meer op andere aspecten, zoals kwesties van rechtspersonenrecht en personele consequenties (ambtenarenstatus) van privatisering. Het is duidelijk dat de overheid bij het streven naar privatisering aan bepaalde grenzen gebonden is. Welke die grenzen precies zijn laat zich echter moeilijk bepalen.²⁸⁾ De omschrijving van de taken van de overheid in de Grondwet biedt niet veel houvast, omdat met name de sociale grondrechten in de vorm van een zorgplicht geschreven zijn, zonder dat blijkt dat de overheid zelf de uitvoering ter hand zou moeten nemen. Het vastleggen van de grenzen aan privatisering vergt derhalve in grote mate een politiek oordeel. Belangrijk is dat steeds in concrete gevallen duidelijk gemaakt wordt wat de motieven voor privatisering zijn. Bezuiniging of kostenverlaging zal steeds een motief zijn, maar met name verdient dan aandacht dat aangegeven wordt of vermindering van dienstverlening wel of niet acceptabel geacht wordt. Het komt mij logisch voor dat, tenzij het tegendeel duidelijk aangegeven wordt, de burger ervan uit mag gaan dat door privatisering de (kwaliteit van) de dienstverlening niet mag achteruit gaan.²⁹⁾

Privatisering staat weliswaar de laatste tien jaar in de belangstelling, maar van oudsher worden voor de burger belangrijke diensten niet door de overheid als publiekrechtelijk persoon maar door zelfstandige c.q. verzelfstandigde bedrijven verricht. Te denken valt aan het vervoer per rail door de NV Nederlandse Spoorwegen, de energie- en watervoorziening door de diverse gas-, elektriciteits- en waterleidingbedrijven, de gemeentelijke woningbedrijven, etc. Bij een aantal onderwerpen waar sprake kan zijn van contractsdwang gaat het dus om contracten met 'de overheid'.³⁰⁾ Het in gang gezette beleid van privatisering heeft inmiddels tot resultaten geleid. Enkele kleinere privatiseringsoperaties van minder groot belang zijn afgerond,³¹⁾ maar de meeste aandacht hebben de grotere operaties gekregen, namelijk de vorming van DSM NV, Postbank NV, PTT Nederland NV en SDU NV. Met name de verzelfstandiging van het Staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Te-

lefonie heeft de nodige aandacht gekregen. Telecommunicatie (telefoon) en post zijn diensten die van groot praktisch belang zijn voor de burger. Wanneer men anno 1992 een telefoonaansluiting nodig heeft, wendt men zich tot 'de overheid' in de vorm van de PTT Telecommunicatie BV. Deze constatering leidt ons naar het onderwerp overheid en overeenkomsten.

2.4 Overheid en overeenkomsten³²⁾

Bij alle beschouwingen op het terrein van 'overheid en overeenkomst' speelt steeds de vraag of de omstandigheid dat de overheid partij is tot een andere rechtsverhouding leidt, met name de vraag of aan het gedrag van de overheid hogere eisen gesteld moeten kunnen worden dan aan het gedrag van private partijen. De overheid sluit verschillende soorten van overeenkomsten; voor onze discussie zijn de volgende vormen van belang: de privaatrechtelijke overeenkomst zonder meer, de overeenkomst met standaardvoorwaarden, en de concessie-overeenkomst.³³⁾

Bij de privaatrechtelijke overeenkomst zonder meer gaat het om de overheid die in haar eigen behoeften voorziet. Contractsdwang komt hierbij niet aan de orde, noch voor de overheid noch voor haar contractspartners. Wel relevant is de vraag of aan de overheid dezelfde 'contractsvrijheid' toekomt als aan de burger. De contractsvrijheid van de overheid kan in deze situatie in het bijzonder beperkt worden door het gelijkheidsbeginsel, in die zin dat zij (potentiële) contractspartners gelijk dient te behandelen.³⁴⁾

Deze beperking door het gelijkheidsbeginsel geldt in nog sterkere mate bij de categorie van de overeenkomst met standaardvoorwaarden.³⁵⁾ Onder de categorie van overeenkomst met standaardvoorwaarden vallen ook situaties waarin de overheid zelf de leverancier is. Kan er in die gevallen sprake zijn van contractsdwang? Als voorbeeld kan genoemd

²⁷⁾ Voor uitgebreide overzichten van literatuur op dit terrein zie onder meer A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht* Algemeen deel, Samson Alphen a/d Rijn 5e druk 1987, p. 269 en J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, diss. KUN, Kluwer Deventer 1989.

²⁸⁾ Zie hierover De Ru, *a.w.* (1987). Zie ook Peters, *a.w.*, p. 149. Vergelijk ook V.A.M. van der Burg, *Juridische aspecten van privatisering*, *TvO* 1987, p. 50.

²⁹⁾ Vergelijk J.A.F. Peters, *Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen en privatisering*, in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk en B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen 'koop-handel' en Nieuw BW*, Kluwer Deventer 1988, p. 156 e.v. over welke rechtsnormen van toepassing zijn.

³⁰⁾ Vergelijk ook hierover De Ru, *a.w.* 1981, p. 239 e.v.

³¹⁾ Zie het overzicht in A.B.M. Wensing, *Privatisering van overheidsdiensten*, *PS* 1988, p. 309.

³⁴⁾ Zie Spier, *a.w.*, p. 46 e.v.

³⁵⁾ Over overheid en standaardvoorwaarden zie A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Samson Alphen a/d Rijn (1978), p. 326 e.v.

worden de levering van gas, water, electriciteit, telefoon, etc.³⁶⁾ In het antwoord op die vragen spelen de monopoliepositie van de leverancier-overheid en het belang van de burger bij vervulling van zeer elementaire behoeften een rol.

De derde categorie is de concessie-overeenkomst, vaker aangeduid als concessieverlening. De concessie is een publiekrechtelijke overeenkomst tussen de overheid en een bepaalde onderneming tot het verrichten van diensten die van openbaar belang geacht kunnen worden.³⁷⁾

De concessie(overeenkomst) betreft de verhouding tussen de overheid als verlenende instantie en de concessiehouder, of te wel concessionaris. Bij deze overeenkomst komt contractsdwang niet aan de orde, wel is relevant of de overheid clausules moet inbrengen waarin, in het belang van de dienstverlening aan de consument, aan de concessionaris contractsdwang wordt opgelegd. Een achterliggende vraag is of een burger tegen de concessionaris rechten kan doen gelden alsof de concessionaris de overheid is.³⁸⁾ In dit verband kan worden teruggegrepen op het in de vorige paragraaf gestelde: het komt logisch voor dat, tenzij het tegendeel duidelijk aangegeven wordt, de burger ervan uit mag gaan dat door 'privatisering' (concessieverlening) de (kwaliteit van) de dienstverlening niet mag achteruit gaan.

Ook indien de overheid privaatrechtelijk handelt, zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op dit handelen rechtstreeks van toepassing. Zie in dit verband art. 3:14 BW, en het *Amsterdam - Ikon* arrest van de Hoge Raad,³⁹⁾ overigens een procedure over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Indien derhalve de overheid weigert een overeenkomst aan te gaan is deze weigering toetsbaar; naast het al genoemde gelijkheidsbeginsel komen ook andere toetsingscriteria in beeld, zoals niet in redelijkheid tot de beslissing hebben kunnen komen en het niet mogen beschamen van opgewekt vertrouwen. Ten aanzien van het in acht nemen van grondrechten kan worden opgemerkt dat de regering in het kader van de Grondwetsherziening te kennen gegeven dat bij overeenkomsten met de overheid grondrechten *onverkort* gelden.⁴⁰⁾

Een belangrijk element bij de waardering van het 'overheids'handelen zal zijn dat op diverse terreinen de overheid c.q. de concessionaris een

monopoliepositie heeft, zodat wanneer in deze gevallen contractsdwang aan de orde komt de contractsdwang tevens gebaseerd zou kunnen worden op een monopoliepositie.

2.5 Economische dwang en mededinging

Wanneer een partij op een markt een economische machtspositie heeft, kan deze partij economische dwang toepassen. Deze partij kan in vergaande mate bepalen met wie, wanneer en onder welke voorwaarden gecontracteerd wordt. Dit is in strijd met de beginselen van het contractenrecht: de contractsvrijheid van anderen komt hiermee in de verdrukking. Immers, de gedachte van contractsvrijheid wordt steeds geplaatst in het kader van een markteconomie waarbinnen individuen door middel van het handelen op een open markt hun eigen belangen optimaal kunnen behartigen.⁴¹⁾

Bij de vraag wat het antwoord in rechte op economische dwang moet zijn, kan men aan verschillende rechtsfiguren denken. Bij het wilsgebrek 'dwang' raakt men op een verkeerd spoor: in het oude BW werd dit als '(dreiging met) geweld' geformuleerd, en in het huidig recht is dit 'bedreiging' geworden.⁴²⁾ Ook misbruik van omstandigheden heeft een element van 'dwang' in zich.⁴³⁾ Het leerstuk van misbruik van omstandigheden heeft diverse problematische kanten ('economic duress' en 'undue influence' binnen één leerstuk, 'nadeelsvereiste'), maar relevant is hier dat misbruik van omstandigheden als wilsgebrek geplaatst wordt in het kader van totstandkoming van de overeenkomst, en dat de sanctie op misbruik van omstandigheden vernietiging is. Daarmee is een spiegelbeeld ontstaan met contractsdwang: bij een wilsgebrek gaat het om een situatie waarin een contract tot stand is gekomen, maar het recht aan de overeenkomst effect wil onthouden, terwijl bij contractsdwang geen overeenkomst tot stand is gekomen maar het recht juist (het effect van) de overeenkomst wenst.

Misbruik van een economische machtspositie kwam aan de orde in het *Buma - Brinkmann* arrest.⁴⁴⁾ De Hoge Raad gaf in algemene bewoordingen te kennen dat niet het gebruik van een machtspositie, maar het *misbruik* van de in een monopolie gelegen machtspositie onrechtmatig is. Van misbruik is sprake wanneer hetgeen van de wederpartij ge-

³⁶⁾ Zie De Haan c.s. a.w. Deel 2, p. 84-85.

³⁷⁾ Zie De Haan c.s., a.w. Deel 2, p. 94; Donner, a.w., p. 278; F. van Ommeren, Het rechtskarakter van de concessie, AA 1987, p. 334. Het verschil met vergunningverlening voor het mogen verrichten van bepaalde handelingen is hier soms moeilijk te trekken.

³⁸⁾ 'Als inderdaad zou worden overgegaan tot 'privatisering' van een aantal door het bestuur zelf verrichte activiteiten, dan zou de figuur van de concessie nieuwe aandacht verdienen.' Donner, a.w., p. 279.

³⁹⁾ HR 27-3-1987, NJ 1987, 727 (MS) AA, 1988, p. 111 (Akkermans), zie ook voor het vervolg van de procedure HR 22-3-1991, AB 1991, 446 (FHvdB).

⁴⁰⁾ Zie Kortmann 1987, a.w. noot 66, p. 44.

⁴¹⁾ Vergelijk ook M.R. Mok, Conflicterende vrijheden in het kartelrecht, in: *Vrijheid en recht* Opstellen aangeboden aan s'Jacob, Tjeenk Willink Zwolle 1975, p. 153.

⁴²⁾ Zie artt. 1359-1363 BW oud en art. 3:44 lid 4 nieuw BW.

⁴³⁾ Zie D.P. Ruitinga, *Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten*, diss. UvA, Kluwer Deventer 1982. Voor een recente beschouwing over economische dwang zie J.M. van Dunné, Macht en onmacht bij het contracteren: 'economische dwang' en art. 3:44 BW, in de in oktober 1992 te verschijnen *Stein-bundel*.

⁴⁴⁾ HR 24-5-1968, NJ 1968, 252 (GJS), AA 1969, p. 133 (G).

vraagd wordt zó bezwaarlijk en nadelig is dat de monopolist bij afweging van de belangen in redelijkheid niet tot haar handelen had kunnen komen.⁴⁵⁾ Het is duidelijk dat er een samenhang is met de misbruik van omstandigheden-jurisprudentie.⁴⁶⁾ Bij misbruik van omstandigheden concentreert de discussie zich steeds op aspecten van voor- of nadeel. Een in een economische dwangpositie gesloten overeenkomst is niet nietig; pas door bijkomende omstandigheden - in *Brandwijk - Bouwbureau Brandwijk*⁴⁷⁾ wordt gewezen op het bedingen van een 'onevenredig groot voordeel' - kan grond voor nietigheid ontstaan.

Van belang is dat contractsdwang gezien kan worden als correctie voor misbruik van economisch overwicht.⁴⁸⁾ De economische machtspositie wordt geneutraliseerd door een verplichting tot contracteren op te leggen.⁴⁹⁾ De nadruk dient hierbij te liggen op het vaststellen van de machtspositie en het nadeel dat voor de wederpartij ontstaat door de contractsdwang. De benadering van *Buma - Brinkmann*, waarin gesproken wordt over een belangenafweging, lijkt de meest aangewezen, waarbij wel voldoende aandacht dient te zijn voor de (macro)economische context.⁵⁰⁾ Hiermee wordt eigenlijk gezegd dat vrijheid op de markt het doel van contractsdwang is. Daarmee wordt de toepassing van contractsdwang uitgetild boven de 'twee partijen-context', en rijst de vraag naar de taak van de overheid, en de vraag in hoever de rechter op dit gebied een (aanvullende) rol heeft.⁵¹⁾ Een bespreking van economische dwang en misbruik van economisch overwicht vanuit een privaatrechtelijke benadering leidt zo vanzelfsprekend tot een behandeling van het publieke mededingingsrecht.

In het Nederlandse recht is de aandacht voor het kartelrecht (mededingingsrecht in enge zin) beperkt geweest. Weliswaar werd kartelwetgeving tot stand gebracht, maar deze is van een relatief weinig ingrijpende vorm, en handhaving heeft tot voor kort niet in de belangstelling

⁴⁵⁾ In het *Buma - Brinkmann* arrest was sprake van een onrechtmatige daad. Op de inpassing van contractsdwang in het rechtssysteem wordt nader ingegaan in § 2.8.

⁴⁶⁾ Zie ook Nagelkerke, *a.w.*, p. 105 e.v. Op p. 108, noot 66, stelt hij dat van het leerstuk van misbruik van omstandigheden een reflex-werking uitgaat op het begrip misbruik van machtspositie.

⁴⁷⁾ HR 2-11-1979, *NJ* 1980, 429 (CJHB)

⁴⁸⁾ Vergelijk de corrigerende functie voor de redelijkheid en billijkheid van de inhoud van wel tot stand gekomen overeenkomsten.

⁴⁹⁾ Aantekend moet worden dat een weigering om te contracteren bij misbruik van economisch overwicht veelal niet problematisch zal zijn, maar eerder de voorwaarden waarop. Dit betreft de inhoud van het contract, een onderwerp dat hier niet centraal staat. Volstaan kan worden met de constatering dat het probleem kan worden opgelost door te bepalen dat op gebruikelijke of redelijke voorwaarden moet worden gecontracteerd. Zie ook P.A. Stein, *a.w.*, p. 78-79 die spreekt over de verplichting die op sommige bedrijven rust om te contracteren met iedereen, die zich aandient, *uiteraard tegen redelijke bedingen*.

⁵⁰⁾ Vergelijk Ruitinga, *a.w.*

⁵¹⁾ Vergelijk M.R. Mok, *Kartelrecht I Nederland*, Tjeenk Willink Zwolle 1987, p. 68-69.

gestaan. In de Wet economische mededinging (W.E.M.)⁵²⁾ worden twee verschillende de markt beïnvloedende factoren geregeld: de mededingingsregeling en de economische machtspositie, zie art. 1. Een mededingingsregeling is - kort gezegd - een afspraak tussen ondernemingen of vrije beroepsbeoefenaren die de markt beïnvloedt. Een economische machtspositie is 'een feitelijke verhouding of rechtsverhouding in het bedrijfsleven, die een overwegende invloed van een of meer eigenaren van ondernemingen ... in Nederland medebrengt'.

Mededingingsregelingen zijn in beginsel niet verboden,⁵³⁾ zij moeten wel worden aangemeld en worden dan in een (niet-openbaar) register aangetekend. Voor het onderwerp contractsdwang zijn met name die mededingingsregelingen van belang op grond waarvan ondernemingen uitgesloten worden (boycot).⁵⁴⁾ Mededingingsregelingen kunnen onverbindend worden verklaard. Daarmee is alleen de regeling zelf, dat wil zeggen de afspraak tussen de ondernemers of beroepsuitoefenaren, onverbindend geworden. Een onverbindendverklaring heft slechts de verplichting tot het volgen van een bepaald marktgedrag op, zonder te verbieden dit marktgedrag feitelijk te blijven volgen en zonder tot een ander marktgedrag te verplichten.⁵⁵⁾ Een gedupeerde zal met een actie (uit onrechtmatige daad) in het geweer moeten komen.⁵⁶⁾ Wel kan eventueel door de overheid een 'aanwijzing' worden gegeven, wanneer sprake is van een economische machtspositie. De wet zelf voorziet in door de overheid te geven 'aanwijzingen' waaronder het opleggen van een leveringsplicht, art. 24 lid 1 *b* ten tweede. De aanwijzing wordt versterkt door een civielrechtelijke bepaling, art. 26, krachtens welk artikel men gehouden is tot naleving 'tegenover ieder ander, die bij de naleving een redelijk belang heeft'.⁵⁷⁾ In een aantal gevallen is een aanwijzing tot levering gegeven.⁵⁸⁾ In de W.E.M. is dus voorzien in contractsdwang, zij het dat het 'contract' niet tot stand komt op verzoek van de ander, maar op aanwijzing van de minister.

Het Nederlandse kartelrecht is nooit tot grote bloei gekomen, getuige de beschrijvingen van (de toepassing van) de W.E.M. Belangrijker dan de puur Nederlandse praktijk is dan ook de situatie onder het EEG-

⁵²⁾ Wet van 22-6-1956, *Stb.* 1958, 413. Voor de geschiedenis van de Nederlandse kartelwetgeving zie M.R. Mok, *a.w.* 1987, hoofdstuk 2.

⁵³⁾ In de zogenaamde generieke onverbindendverklaring (art. 10 e.v.) kan men wel een algemeen verbod zien.

⁵⁴⁾ Over boycotts zie ook Nagelkerke, *a.w.*, p. 108 e.v. Vergelijk ook *Onrechtmatige daad VI* (Martens) nr. 94.

⁵⁵⁾ Zie - verduidelijkt met voorbeelden - Mok, *a.w.* 1987, p. 118 e.v. en p. 180, voor de generieke onverbindendverklaring zie p. 138.

⁵⁶⁾ Over de relatie art. 24 W.E.M. en onrechtmatige daad zie Nagelkerke, *a.w.*, p. 125-126.

⁵⁷⁾ Zie hierover Mok, *a.w.* 1987, p. 178 e.v. Zie ook Mok, *a.w.* 1975, p. 156.

⁵⁸⁾ Zie de beschrijving van deze situaties in Degenkamp, *a.w.*, p. 134-137. Vergelijk ook W.L. Snijders, Het optreden tegen economische machtsposities op grond van de Wet Economische Mededinging, in: *In orde Liber amicorum* Verloren van Themaat, Kluwer Deventer 1982, p. 267.

recht. De artt. 85 en 86 van het EEG-verdrag bevatten een verbod op mededingingsregelingen (inclusief onderling afgestemde feitelijke gedragingen) en misbruik van machtspositie. Volledigheidshalve wordt nog gewezen op art. 90 met betrekking tot de overheidsondernemingen. Het eerste dat hier al opvalt is dat waar Nederland voor mededingingsregelingen het zogenaamde 'misbruik'stelsel kent, het EEG recht met een verbod (met mogelijkheid van ontheffing) werkt.⁵⁹⁾ Meer algemeen kan men stellen dat voor Nederland het strengere mededingingssysteem van de EEG wennen is.⁶⁰⁾

Het mededingingsrecht is kort besproken om aan te geven dat dit rechtsgebied haar invloed kan doen gelden op het gebied van de contractsdwang. Het is hier echter niet de plaats om de bestaande jurisprudentie en de in de toekomst mogelijke uitbouw hiervan te bespreken. Volstaan wordt met het aanstippen van het verbod op 'het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging', zie artt. 85 lid 1 sub *d* en 86 sub *c* van het EEG Verdrag. Het maken van ongeoorloofd onderscheid in dit verband wordt ook aangeduid met de term 'discriminatie'.⁶¹⁾ Dit dient wel te worden onderscheiden van hetgeen normaal onder 'discriminatie' begrepen wordt, zie in dit verband ook art. 9a W.E.M.: 'Een bepaling in een mededingingsregeling die strekt tot discriminatie van mensen wegens hun ras is onverbindend.' Hiermee is gelijk het verband gelegd met het volgende te bespreken aandachtspunt, discriminatie in de meer gebruikelijke betekenis.

2.6 Discriminatie

Contractsvrijheid houdt ook het recht in om te bepalen met wie men een contractuele relatie wil aangaan. Deze vrijheid is echter niet onbegrensd. Met name kan worden gedacht aan art. 1 van de Grondwet, waarin aan allen die zich in Nederland bevinden het recht op gelijke behandeling gegeven wordt. Het grondwetsartikel bevat het verbod op discriminatie:

'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.'

⁵⁹⁾ Voor de civielrechtelijke gevolgen zie P.V.F. Bos en M.A. Fierstra, *Europees mededingingsrecht*, Kluwer Deventer 1989, hoofdstuk 8.

⁶⁰⁾ Vergelijk de ophief over het ingrijpen van de Commissie in de bouwwereld. Op nationaal niveau wordt nu wel meer activiteit ontplooid, vergelijk berichten in *NJB* 1992, p. 400 en p. 497.

⁶¹⁾ Zie ook hoofdstuk 5 over Duits recht.

In de context van contractsdwang stuiten wij hier op het conflict tussen het beginsel van de gelijke behandeling en de contracteervrijheid. De vraag is in hoeverre aan het idee van de contractsvrijheid nog een argument ontleend kan worden om 'onderscheid' te maken. In ieder geval kan gewezen worden op art. 429quater WvSr en art. 7 van het wetsvoorstel Algemene wet gelijke behandeling. Aan discriminatie wordt hier verder voorbijgegaan, niet omdat het onderwerp niet belangrijk zou zijn, maar veeleer omdat het een te belangrijk onderwerp is om zonder zorgvuldige overdenking beschouwingen aan te wijden.⁶²⁾

2.7 Grondrechten

Naast het recht op gelijke behandeling kunnen grondrechten in het algemeen van belang zijn voor contractsdwang. Grondrechten nemen in ons denken in betekenis toe. Dit blijkt onder meer door de plaatsing van de grondrechten⁶³⁾ in het eerste hoofdstuk (artt. 1-23) van de Grondwet van 1983. Ook voor het privaatrecht winnen de grondrechten aan betekenis.⁶⁴⁾ Bezien kan worden of het feit dat het 'onderwerp' van het te sluiten contract op een terrein ligt dat bestreken wordt door een grondrecht van invloed kan zijn op de beslissing over het al of niet toestaan van contractsdwang.

Bij grondrechten wordt in de eerste plaats gedacht aan de rechten van de burgers ten opzichte van de overheid.⁶⁵⁾ Grondrechten kunnen daarnaast echter ook werking hebben in de verhouding tussen burgers onderling, de zogenaamde horizontale werking. Sinds de grondwetsherziening van 1983 is horizontale werking van grondrechten, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, 'niet uitgesloten'.⁶⁶⁾ Hoewel wel gesteld wordt dat de sociale grondrechten zich niet voor horizontale werking zouden lenen, kan het mijns inziens lonen om deze rechten in de

⁶²⁾ Voor een interessant recent artikel zie P.R. Rodrigues, De lotgevallen van de allochtone consument, *NJB* 1992, p. 758, zie ook A.C. Possel (red.), *Met recht rassendiscriminatie bestrijden*, Tjeenk Willink Zwolle 1990.

⁶³⁾ Onder grondrechten wordt in dit verband slechts verstaan de grondrechten zoals in de Grondwet beschreven. Een uitgebreidere behandeling van de grondrechten inclusief de in verdragen vastgelegde rechten leek niet noodzakelijk.

⁶⁴⁾ Vergelijk de preadviezen van J.L.M. Elders en M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten*, Vermande Lelystad, voor de eerste VBR-vergadering in 1985. Vergelijk ook A.K. Koekoek, De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht, WPNR 5742, 5743 en 5744 (1985). Zie ook K. Rimanque (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Kluwer Antwerpen 1982.

⁶⁵⁾ Over grondrechten in overeenkomsten met de overheid zie J.C.E. Ackermans-Wijn, *a.w.*, Kluwer Deventer 1989 (diss. KUN), p. 221 e.v.

⁶⁶⁾ Zie over horizontale werking, met daarin een weergave van de parlementaire geschiedenis, P.W.C. Akkermans (red.), *De Grondwet Een artikelsgewijs commentaar*, Tjeenk Willink Zwolle 1987, p. 21 e.v.; C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Kluwer Deventer 2e druk 1987, p. 43 e.v.; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer Deventer 1990, p. 345 e.v.

beschouwing te betrekken. Juist bij sociale grondrechten kan het de moeite waard zijn om te onderzoeken in hoeverre burgers kunnen en moeten bijdragen aan de verwezenlijking van deze rechten.⁶⁷⁾ Terzijde kan overigens nu reeds opgemerkt worden dat bij contractsdwang in vele gevallen de overheid de beoogde wederpartij is.

Indien uit een grondrecht een 'aanspraak' op het sluiten van een contract kan worden afgeleid, ontstaat een conflict met de contractsvrijheid van de ander.⁶⁸⁾ De vraag rijst dan of en in hoeverre de contractsvrijheid zelf een grondrecht is. Deze vraag wordt hier niet uitdrukkelijk behandeld,⁶⁹⁾ maar de premisse is dat de contractsvrijheid in ieder geval dezelfde status heeft als de andere rechten die in de beschouwingen betrokken worden, zodat in geval van conflict er een afweging dient plaats te vinden.⁷⁰⁾

In hoofdstuk 4 wordt contractsdwang in het woonrecht behandeld, waarbij art. 22 van de Grondwet in beeld komt. Enkele andere in de Grondwet genoemde rechten kunnen hier, *speculatief*, worden genoemd.

Allereerst kan worden gedacht aan de medische sfeer. Art. 11 Gw. bepaalt:

'Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.'⁷¹⁾

De vraag rijst hoever de 'aanspraken' van de burger op medische faciliteiten zich uitstrekken. Capaciteitsproblemen, die in wezen dikwijls financiële problemen zijn, spelen hierbij een hoofdrol. De vraag blijft echter welke rechten men kan doen gelden op behandeling. Monopolieposities spelen hierbij ook een rol.

Ook op het gebied van het onderwijs zijn er 'aanspraken', die gerelateerd kunnen worden aan art. 23 lid 1 Gw.:

⁶⁷⁾ Anders C.A.J.M. Kortmann: 'Een tweede verschil is dat horizontale werking van sociale grondrechten in het algemeen moeilijk denkbaar is, tenzij door tussenkomst van de wetgevers of het bestuur. Doch dan is strikt genomen geen sprake van horizontale werking. Voor het overige moet men aannemen dat de burger nu eenmaal niet krachtens de Grondwet of verdragen verplicht is zorg te dragen voor voldoende werkgelegenheid, voor de volksgezondheid etc.' *a.w.* 1990, p. 355. Vergelijk echter Asser-Hartkamp 4 II (1989) nrs. 45-45b.

⁶⁸⁾ Zie C.A.J.M. Kortmann, *a.w.* 1990, p. 347.

⁶⁹⁾ Voor Nederland zie Asser-Hartkamp 4 II (1989) nrs. 38 en 45 waarin contractsvrijheid een onderdeel van de vrijheidsrechten van de mens genoemd wordt, en over contractsvrijheid als grondrecht *id.* nr. 45a. Vergelijk ook E. Dirix, *Grondrechten en overeenkomsten*, in: Rimanque (ed.), *a.w.*, p. 37 e.v.

⁷⁰⁾ Zie Asser-Hartkamp 4 II (1989) nr. 45b; Akkermans, *a.w.*, p. 27-28.

⁷¹⁾ In dit verband kan ook nog worden gedacht aan art. 22 lid 1: 'De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid.'

'Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering.'⁷²⁾

Procedures over toelating tot scholen zijn inmiddels in de rechtspraak een niet onbekend fenomeen. De mondigheid van burgers noodzaakt tot zorgvuldige besluitvorming. Ondanks een (procedureel) zorgvuldige besluitvorming zal in de toekomst een weigering tot toelating steeds meer aangevochten worden. Het kan daarbij gaan om locatie van scholen, of om schooltypes. De spanning met de praktijk van de beperkte middelen speelt ook hier een hoofdrol.

Ten slotte kan genoemd worden arbeid. Bij contractsdwang in het arbeidsrecht kan natuurlijk ten eerste aan het CAO-recht worden gedacht. Maar ook op een meer 'individuele' basis liggen er perspectieven. Ten aanzien van de toegang tot de publieke dienst is artikel 3 Gw.⁷³⁾ relevant, maar algemener van strekking is art. 19 lid 1:

'Bevordering van voldoende werkgelegenheid is voorwerp van zorg der overheid.'

In Nederland kennen wij niet echt een 'recht op arbeid', in de zin dat de toegang tot een dienstbetrekking is gegarandeerd.⁷⁴⁾ Anderzijds is er ontwikkeling waarbij als gevolg van overheidsbeleid de toegang tot de dienstbetrekking ook niet meer geheel vrij te noemen is (denk in dit verband aan minderheden of gehandicapten).⁷⁵⁾

In de literatuur wordt gesproken over een directe en indirecte wijze waarop grondrechten, bij gebreke aan doorwerking via wetgeving, *in civilibus* geldend gemaakt kunnen worden. De indirecte wijze, waarvoor een voorkeur zou bestaan, houdt in dat met het grondrecht rekening wordt gehouden bij de toepassing van het civiele recht, met name via open normen als de goede zeden, de openbare orde, de goede trouw, en de maatschappelijke zorgvuldigheid.⁷⁶⁾ Bij toepassing van 'contractsdwang' gebaseerd op bovengenoemde artikelen lijkt de indirecte wijze de aangewezen weg. Naar mijn mening zal men in de toekomst een ontwikkeling zien waarbij aan grondrechten wel degelijk min of meer concrete aanspraken kunnen worden ontleend. Hoe een en ander concreet ingevuld kan worden laat zich slechts illustreren aan de hand van casusposities; dit kan hier verder niet worden uitgewerkt. Dergelijke casusposities zullen naar mijn overtuiging meer en meer aan de rechterlijke macht worden voorgelegd.

⁷²⁾ Zie ook lid 4: 'In elke gemeente wordt van overheidsoverwege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal scholen.'

⁷³⁾ 'Alle Nederlanders zijn op gelijke voet in openbare dienst benoembaar.'

⁷⁴⁾ Zie H.L. Bakels, *De toegang tot de dienstbetrekking*, SMA 1982, p. 492. Vergelijk het door Bakels ook genoemde Hoogovens-arrest, HR 26 juni 1981, NJ 1981, 493 (PAS).

⁷⁵⁾ Vergelijk ook I.P. Asscher-Vonk, *Toegang tot de dienstbetrekking*, diss. UvA, Samson Alphen a/d Rijn 1989.

⁷⁶⁾ Zie Asser-Hartkamp 4 II (1989) nr. 45a.

2.8 Contractsdwang: inpassing binnen het systeem

De vraag hoe contractsdwang in te passen is in het BW, in het rechtssysteem, komt in deze paragraaf aan de orde. Hierbij wordt logischerwijs eerst gekeken naar overwegingen die eerder in dit hoofdstuk aan de orde zijn geweest.

De wet zelf geeft geen (concrete) aanknopingspunten voor de contracteervrijheid, hetgeen de fundering van acties die op deze vrijheid een inbreuk kunnen maken bemoeilijkt. 'Het beginsel van de contractsvrijheid is, evenmin als in de Code civil, met zoveel woorden in ons Burgerlijk Wetboek vastgelegd. Men kan zelfs betrekkelijk weinig wetsbepalingen aanwijzen die het beginsel meer of minder duidelijk vooropstellen.'⁷⁷⁾ Aldus Hartkamp, die voor het nieuwe BW wijst op de artt. 6:248 en 3:40.⁷⁸⁾ De vraag blijft derhalve waarop men zich moet baseren wanneer van de contracteervrijheid moet worden afgeweken.

Eerder werd gekeken naar misbruik van omstandigheden en mededingingsrecht, maar het leerstuk van misbruik van omstandigheden bleek niet op contractsdwang toegespitst, omdat deze figuur als wilsgebrek in het kader van totstandkoming van de overeenkomst geplaatst wordt, met als sanctie nietigheid. Het mededingingsrecht is in deze niet direct relevant: dit recht is er op gericht een ongestoorde werking van de markt te verzekeren.⁷⁹⁾ Wanneer men contractsdwang baseert op een grondrecht is daarmee nog niets gezegd over de inpassing in het systeem; voor het tot uitdrukking brengen van grondrechten in het civiele recht bestaat een voorkeur voor de indirecte wijze, via open normen. Een andere benadering om tot een inpassing van contractsdwang in het rechtssysteem te komen is uit te gaan van de omschrijving van contractsdwang. In § 2.1 werd contractsdwang omschreven als de verplichting met een ander de door deze gewenste contractuele rechtsbetrekking aan te gaan. Bij contractsdwang ligt de nadruk op het bewerkstelligen van de effecten van een contract. Wanneer men het volledige effect van een overeenkomst wil bereiken zal men derhalve

een *verbintenis* dienen te construeren.⁸⁰⁾

Krachtens art. 6:1 BW kunnen verbintenissen slechts ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit.⁸¹⁾ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat beoogd wordt hiermee de jurisprudentie van de Hoge Raad, en met name het arrest *Quint - Te Poel*,⁸²⁾ te codificeren. In dit arrest werd ten aanzien van de formulering 'uit de wet' (in art. 1269, waarin bepaald werd dat 'alle verbintenissen ontstaan of uit overeenkomst of uit de wet') gesteld dat uit deze woorden geenszins volgt dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, maar dat daaruit slechts mag worden afgeleid dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen.⁸³⁾

Bij de omschrijving van het begrip contractsdwang is reeds geconstateerd dat de verplichtingen soms (rechtstreeks) tot een wetsbepaling te herleiden zijn. In dat geval worden de rechtsgevolgen met inachtneming van de wettelijke bepaling in kwestie vastgesteld. Op het eerste oog lijkt de conclusie simpel: er is een verbintenis uit de wet ontstaan. Bij lezing van de wet blijkt de kwestie ingewikkelder. In zijn proefschrift heeft Nagelkerke een overzicht gegeven van relevante wetgeving. Het gaat om art. 6 van de Notariswet, art. 31 van de Spoorwegwet, diverse bepalingen uit het WvK in verband met vervoer (niet overgenomen in boek 8 BW), art. 24 Wet Economische Mededinging (W.E.M.), de artt. 13 en 67 Advocatenwet en de anti-discriminatiebepalingen in het WvSr,⁸⁴⁾ waarover nader in § 4.1. In deze bepalingen worden verschillende formuleringen gebruikt, variërend van een verbod om te weigeren een dienst te verlenen,⁸⁵⁾ hetgeen geclausuleerd kan worden met 'onder omstandigheden' of 'niet buiten gegronde redenen'⁸⁶⁾ tot een verplichting om een dienst te verrichten.⁸⁷⁾ Vergelijk ook art. 12 lid 3 uit de Electriciteitswet 1989, waarin wordt bepaald dat

⁸⁰⁾ In het NBW wordt onderscheid gemaakt tussen rechtsplicht enerzijds en verbintenis anderzijds. Een verbintenis wordt gezien als een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking. Voor kritiek hierop zie Van Dunné, *a.w.* 1985, p. 206-207, waar ook verdere literatuur. Van een rechtsplicht kan nakoming gevorderd worden, zie art. 3: 296. Op een rechtsplicht is boek 6 echter niet van toepassing, met name niet afdeling 6, de artt. 74 e.v. Zie hierover Asser-Hartkamp 4 I (1992) nrs. 7-11 en G.J. Scholten, *Grondslag en bronnen van verbintenissen*, Kluwer Deventer 1983 (Mon. NBW) nrs. 11-18. Wat er ook zij van dit onderscheid, in het navolgende wordt gesproken over verbintenis.

⁸¹⁾ Vergelijk de kritiek van Schoordijk in *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw B.W.*, Kluwer Deventer 1979, p. 11 e.v.

⁸²⁾ HR 30-1-1959, NJ 1959, 548 (DJV), AA 1958-1959, p. 171 (JHB)

⁸³⁾ Zie Parlementaire Geschiedenis boek 6 (1981) p. 37-43, zie ook Asser-Hartkamp 4 I (1992) nr. 50.

⁸⁴⁾ Zie Nagelkerke, *a.w.*, p. 117 e.v.

⁸⁵⁾ Art. 6 van de Notariswet.

⁸⁶⁾ Zie respectievelijk de diverse bepalingen uit het WvK in verband met vervoer en de artt. 13 en 67 Advocatenwet.

⁸⁷⁾ Art. 31 van de Spoorwegwet.

⁷⁷⁾ Asser-Hartkamp 4 II (1989) nr. 42.

⁷⁸⁾ Zie Asser-Hartkamp 4 II (1989) nr. 42. Vergelijk Kamphuisen, *a.w.*, p. 7: Rutten wijst op art. 194, maar vooral op de artt. 1365 en 1374 lid 1 BW (oud), en op art. 14 A.B., maar Kamphuisen baseert zich, Bregstein volgend, liever op art. 1269 BW (oud). Uit art. 3:40, waarin wordt bepaald dat overeenkomsten niet in strijd mogen zijn met een dwingende wetsbepaling, de openbare orde en de goede zeden, moet het beginsel van de contractsvrijheid *a contrario* worden afgeleid. De verwijzing naar art. 6:248 wordt duidelijk uit hetgeen in de parlementaire geschiedenis is gesteld: 'Binnen de grenzen getrokken door de wettelijke bepalingen van dwingend recht, de goede zeden en de openbare orde, zijn partijen vrij om de inhoud en daarmee de rechtsgevolgen van hun overeenkomst naar goeddunken te bepalen.'

⁷⁹⁾ Bij de in dit kader genoemde leveringsplicht ontstaat een verbintenis uit de wet. Deze situatie is echter hier niet relevant, aangezien de overheid de plicht oplegt en het contract niet 'op verzoek van de ander' tot stand komt.

'een ieder recht heeft op levering'. Veelal zal men er toe komen om het wettelijk voorschrift te interpreteren als een plicht om *desgevraagd een overeenkomst aan te gaan*.⁸⁸⁾ Dit heeft mijns inziens als voordeel dat men voor de vaststelling van de *concrete* rechten en verplichtingen binnen een contractueel kader kan blijven. Wel dient men zich te realiseren dat bij toetsing van de contractsinhoud de wettelijke bepaling richtinggevend blijft, in samenspel met het privaatrechtelijk instrumentarium (zoals de regeling van de algemene voorwaarden en de werking van redelijkheid en billijkheid).

Op dit punt van het betoog resteert de vraag hoe een verbintenis geconstrueerd dient te worden wanneer de verplichting een contract te sluiten niet op een wettelijke bepaling te herleiden is. Achtereenvolgens zullen worden besproken de overeenkomst, de onrechtmatige daad, misbruik van recht, de 'Quint - Te Poel-constructie' (aansluiten bij een andere wettelijke bepaling), en andere opties.⁸⁹⁾

Bij contractsdwang kan men, door aan te nemen dat een openbaar aanbod is gedaan, de figuur van de overeenkomst toepassen. In het volgende hoofdstuk wordt het openbaar aanbod behandeld vanuit de gedachte dat vragen die worden opgeroepen door deze rechtsfiguur ook aan de orde zullen komen bij contractsdwang. In dat kader wordt beargumenteerd dat de grens tussen openbaar aanbod en contractsdwang uitermate vaag is. Dikwijls zal dus door het construeren van een openbaar aanbod de hele discussie over het soort verbintenis dat ontstaat vermeden kunnen worden. Het zoveel mogelijk toepassen van de contractsfiguur valt op zich naar mijn mening toe te juichen, vergelijk ook hetgeen boven gesteld is ten aanzien van de uit een wetsbepaling voortvloeiende verplichting. Een bezwaar naar mijn mening is wel dat hierbij in het oog dient te worden gehouden dat een ruime toepassing van de figuur van het openbaar aanbod ten koste kan gaan van de duidelijkheid in het rechtsvindingsproces. Veelal zal de motivering kort worden afgedaan met de mededeling dat een en ander toch 'duidelijk' als een openbaar aanbod gezien moet worden, waarbij andere relevante argumenten (monopolie, 'publiek karakter' van een dienst, gelijkheidsbeginsel, etc.) niet meer expliciet hoeven te worden gemaakt. Een tweede mogelijkheid om de verbintenis uit contractsdwang vorm te geven is de figuur van de onrechtmatige daad. Zoals eerder opgemerkt,⁹⁰⁾ speelt bij deze kwestie de kwestie van de rechtsmiddelen. Bij

contractsdwang staat het bereiken van het effect van een contract centraal. Bij de figuur van de onrechtmatige daad is schadevergoeding het primaire rechtsmiddel. Een veroordeling tot 'nakoming' is mogelijk onder art. 6:103 BW, echter alleen indien de eisende partij hierom vraagt. Nagelkerke heeft in zijn dissertatie over contractswijgering de wijgering geheel in het teken van de (on)rechtmatigheid geplaatst. Naar mijn mening doet het enigszins geforceerd aan om een relatie, die uiteindelijk duidelijk contractueel van aard is, binnen de figuur van de onrechtmatige daad tot stand te laten komen. De kwestie doet denken aan de in de literatuur gevoerde discussie over de vraag of een actie op grond van 'onrechtmatig' afbreken van onderhandelingen gebaseerd moet zijn op onrechtmatige daad, of in feite een actie uit contract is.⁹¹⁾ De Hoge Raad koos in *Plas - Gem. Valburg*⁹²⁾ via de goede trouw voor de contractuele weg, waarbij de vraag gerechtvaardigd is of dit in de praktijk veel uitmaakt nu 'goede trouw' en 'maatschappelijke zorgvuldigheid' steeds meer onderling uitwisselbaar worden. In de concrete context van *Plas - Gem. Valburg*, waar vergoeding van gedeelde winst voor de eisende partij bevredigend was, lijkt de grondslag niet relevant. In een situatie van contractsdwang, waarin de eisende partij duidelijk belang heeft bij het tot stand komen van een *contractuele* relatie (denk bijvoorbeeld de levering van electriciteit, gas of water) begint de onrechtmatige daad-constructie echter te wringen.

Men kan in dit kader ook aan de figuur van misbruik van recht denken. De partij die van zijn contracteervrijheid gebruik makend weigert een contract te sluiten zou in die gedachtengang zich aan misbruik van recht schuldig maken.⁹³⁾ Het komt mij voor dat de gedachte van misbruik van bevoegdheid voor de contractsdwang als inspiratiebron zeker perspectief biedt, maar dat er twee belemmeringen bestaan die een belangrijke eigen rol in de praktijk in de weg staan. De eerste is dat in contractuele relaties het beginsel van de redelijkheid en billijkheid al een gelijksoortige functie vervult.⁹⁴⁾ De tweede belemmering is dat men voor een rechtsmiddel bij misbruik van bevoegdheid weer op de figuur van de onrechtmatige daad aangewezen is.⁹⁵⁾

Bij het zoeken naar een bron voor de uit contractsdwang voortvloeiende verbintenis kan men ook denken aan de redelijkheid en billijkheid. Dit brengt ons op de vraag of een verbintenis die enkel en alleen op grond van redelijkheid en billijkheid gebaseerd is in ons recht erkend

⁸⁸⁾ Zie Nagelkerke met betrekking tot art. 31 van de Spoorwegwet, *a.w.*, p. 119. Zie ook over 'opgelegde overeenkomsten' G.J. Scholten, *a.w.*, p. 64.

⁸⁹⁾ Vergelijk ook G. van Maanen, Kraken dat mag, *R & K* 1982, p. 219, die een grondslag zocht voor de rechtsverhouding tussen kraker en eigenaar. In dit hoofdstuk worden enkele algemene gedachten ontwikkeld over de vraag van de grondslag van de verbintenis, zie echter ook de beschouwingen over de rechtsverhoudingen bij vorderen van woonruimte, zie § 4.2.2.

⁹⁰⁾ Zie § 1.1.

⁹¹⁾ Zie Asser-Hartkamp 4 II (1989) nrs. 164-167, J.M. van Dunné, *a.w.* Supplement 1986, Kluwer Deventer 1986, p. 30-32.

⁹²⁾ HR 18-6-1982, *NJ* 1983, 723 (CJHB), *AA* 1983, p. 758 (P.v.S.)

⁹³⁾ Zie ook Nagelkerke, *a.w.*, pp. 77-79, 86-87.

⁹⁴⁾ Vergelijk ook Asser-Hartkamp 4 II (1989) nr. 314, p. 286.

⁹⁵⁾ Vergelijk over de discussie over misbruik van bevoegdheid en onrechtmatige daad P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Kluwer Deventer 1985 (Mon. NBW).

wordt. De parlementaire geschiedenis is op dit punt duidelijk: het ontstaan van afdwingbare verbintenissen buiten de wet om, uit redelijkheid en billijkheid of uit het ongeschreven recht, wordt afgewezen.⁹⁶⁾ Hierbij wordt de in het arrest *Quint - Te Poel* gegeven regel gecodificeerd.⁹⁷⁾ Het is de vraag of en hoe strikt aan deze regel moet worden vastgehouden. Hartkamp wijst zelf al op het verschijnsel dat onder het oude recht vóór *Quint - Te Poel* de onttrouw aan art. 1269 oud BW gecamoufleerd werd door naar een artikel te speuren waaraan een verbintenis kon worden opgehangen. Recente verschijnselen duiden er op dat de rechtsontwikkeling in deze niet stil staat.⁹⁸⁾ Krachtens de in dit arrest gegeven regel dient derhalve gezocht te worden naar een oplossing 'die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen'. Aansluiting bij in de wet geregelde gevallen is naar mijn mening in dit geval niet moeilijk: het BW bevat in art. 6:217 een duidelijke regeling van het aanbod. Indien toepassing van contractsdwang gerechtvaardigd is, wordt aansluiting gezocht bij de regeling van het aanbod. Op deze wijze wordt het door mij reeds hierboven bepleite verband gelegd met de regeling van het contract.

De '*Quint - Te Poel*' constructie kan dus leiden tot een 'aanhaken' bij de regeling van het aanbod. Reëler is naar mijn mening om in deze gevallen aan te nemen dat er daadwerkelijk een aanbod is, waarbij wel, zoals reeds eerder werd gesteld, aan de motivering de nodige eisen gesteld moeten worden. Een tegenargument dat hierdoor geen recht gedaan wordt aan de algemene bepalingen voor rechtshandelingen, met name de artt. 33 en 35 van Boek 3, acht ik niet overtuigend. Dit is niet de plaats om deze gedachte verder uit te werken, volstaan wordt met de opmerking dat ontwikkelingen in maatschappelijke verhoudingen en de wijze van contracteren hun neerslag dienen te hebben in de hantering van het, in oude termen, toestemmingsvereiste. Een overtuigender tegenargument is mijns inziens dat bij contractsdwang dikwijls de inhoud van het af te sluiten contract nog niet zodanig duidelijk zal zijn dat aan de eis van een volledig aanbod voldaan is. Een aanbod moet immers, in het strakke aanbod - aanvaarding schema van het BW, zodanig bepaald zijn dat slechts nog een aanvaarding hoeft te volgen om een complete overeenkomst te hebben, of, iets minder streng geformuleerd, het aanbod moet de essentialia van de overeenkomst bevatten.⁹⁹⁾ De eis van de bepaaldheid kan streng of minder streng worden gehanteerd, maar in gevallen waarin aan deze eis niet is voldaan kan men altijd nog aanhaken bij de zich in de jurisprudentie ontwikkelende figuur

van de afgebroken onderhandeling, met name de ontwikkeling van een plicht tot onderhandelen.¹⁰⁰⁾ Voor de relatie tussen contractsdwang en aanbod zie verder het volgende hoofdstuk.

3. Contractsdwang en openbaar aanbod

3.1 Inleiding

Bij de omschrijving van contractsdwang in het eerste hoofdstuk, § 1.2, werd een verband gelegd met de figuur van het aanbod. Met name ten aanzien van de gegeven voorbeelden van het dorpscafé ('jouw gezicht staat me niet aan') en de bakker werd opgemerkt dat men deze gevallen ook onder de noemer van het openbare aanbod zou kunnen brengen. Er is dan hoogstens het volgende verschil te constateren: indien een openbaar aanbod aanvaard wordt, is daarmee een overeenkomst ontstaan, terwijl bij contractsdwang alleen nog maar sprake is van een verplichting tot het *aangaan* van een contract. Zie in dit verband ook de in het vorige hoofdstuk, in § 2.8, opgeworpen vraag van de 'bepaaldheid' van het aanbod. Het verschil tussen de plicht tot het aangaan van een contract en het openbaar aanbod lijkt in theorie scherper te maken dan in de praktijk. Toegepast op de eerder gebruikte voorbeelden van het dorpscafé en de bakker ziet men dat, wanneer men de figuur van het openbaar aanbod hanteert, men alleen maar een algemene verplichting kan construeren, die pas *concreet* wordt door de bestelling (aanvaarding) van de klant. Het openbaar aanbod houdt in deze gevallen dus niet meer in dan een plicht om de bestelling te accepteren, dat wil zeggen een contractuele betrekking aan te gaan.

In dit hoofdstuk wordt de relatie tussen contractsdwang en openbaar aanbod nader bezien. Eerst wordt in § 3.2 de geschiedenis van de rechtsfiguur van het openbaar aanbod uiteengezet, waarbij aandacht voor de standpunten in het verleden van auteurs over de relatie tussen openbaar aanbod, contractswegering en contractsdwang. Vervolgens wordt in § 3.3 bezien welke belemmeringen bestaan om een openbaar aanbod aan te nemen; in het slot van dit hoofdstuk wordt nagegaan in hoeverre de gesignaleerde belemmeringen relevant zijn voor contractsdwang.

⁹⁶⁾ Vergelijk hierover Schoordijk, *a.w.*, met name p. 17 e.v.

⁹⁷⁾ Parlementaire Geschiedenis Boek 6 (1981) p. 39-40.

⁹⁸⁾ Zie Asser-Hartkamp 4 I (1992) nrs. 48-48a.

⁹⁹⁾ Zie artt. 6:217 e.v., vergelijk echter ook art. 7:1 BW.

¹⁰⁰⁾ Vergelijk ook G.J. Scholten, *a.w.*, nr. 52.

3.2 Openbaar aanbod¹⁰¹⁾

3.2.1 Geschiedenis

Voordat de Hoge Raad in *Hofland - Hennis* in 1981 besliste dat 'een advertentie waarin een bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, zich in beginsel niet er toe leent door eventuele gegadigden anders te worden opgevat dan als een uitnodiging om in onderhandeling te treden'¹⁰²⁾ werd in de literatuur stellig betoogd dat het zeer wel mogelijk was om een zogenaamd 'openbaar' of 'publiek' aanbod te doen. In de handboeken werd daarbij niet alleen gewezen op advertenties, maar ook op circulaires, reclameborden, het uitstellen van waren in een winkeltalage, het plaatsen van een automaat, etc. Wel werd echter erkend dat de 'aanbieder' niet onder alle omstandigheden gebonden is: een 'openbaar' aanbod kon beperkt van strekking zijn, hetgeen uit de omstandigheden van het geval moest worden afgeleid. De positieve houding van de literatuur ten opzichte van het openbaar aanbod lijkt historisch bepaald, en voor een groot deel terug te voeren op het proefschrift van Polderman.¹⁰³⁾

In zijn proefschrift over het openbaar aanbod, daterend uit 1913, tracht Polderman de *mogelijkheid* dat iemand door een mededeling aan het publiek een bindend aanbod doet aannemelijk te maken.¹⁰⁴⁾ Een belangrijke rol hierbij speelt de controverse omtrent de wils-, verklarings- en vertrouwensleer. Polderman kiest voor een objectieve leer.¹⁰⁵⁾ Zoals hij in zijn conclusie schrijft:

'Wij die ons aanhangers toonden van de verklaringstheorie, zagen in vele dagelijks voorkomende verschijnselen het aanbodskarakter. In het algemeen is ieder vrij overeenkomsten te sluiten met wie hij maar wil. Niets echter verhindert den koopman van deze vrijheid afstand te doen en zich te binden tegenover eene massa personen, door eene verklaring af te leggen, die aan alle vereisten voor een aanbod voldoet en waarin hij te kennen geeft, zich bij toetreding van iemand uit het publiek verbonden te achten.'¹⁰⁶⁾

Het proefschrift van Polderman werd gunstig ontvangen,¹⁰⁷⁾ en zijn betoog was blijkbaar dermate overtuigend dat het openbaar aanbod een in de literatuur geaccepteerd fenomeen werd. In de handboeken werd er op een vanzelfsprekende manier over gesproken, zonder er al te diep op in te gaan, en in enkele dissertaties werden er nog korte passages aan gewijd.¹⁰⁸⁾ In weerwil van de rechtspraak van de lagere rechters door de jaren heen, waarin zeer zelden een beroep op een openbaar aanbod aanvaard werd, groeide in de literatuur de opvatting dat een aanbod aan het publiek als bindend beschouwd moest worden, behoudens uitzonderingen. Dit alles echter onder erkenning dat de feiten van het geval doorslaggevend zijn.

In het arrest *Hofland - Hennis* koos de Hoge Raad voor een ander uitgangspunt dan in de literatuur werd verdedigd. In dit arrest overwoog de Hoge Raad:

'Vooropgesteld moet worden dat een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, zich in beginsel niet ertoe leent door eventuele gegadigden anders te worden opgevat dan als een uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij niet alleen prijs en eventuele verdere voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn.'¹⁰⁹⁾

De regel werd omgedraaid in de zin dat de Hoge Raad uitsprak dat een advertentie (voor een individueel bepaalde zaak)¹¹⁰⁾ zich in beginsel *niet* er toe leent te worden opgevat als een aanbod. De in het arrest gegeven regel is verrassend, omdat in de lagere instanties geprocedeerd was over een andere rechtsfiguur, namelijk het 'vrijblijvend aanbod'¹¹¹⁾ Men kan zich afvragen of de Hoge Raad door de uitspraak over het openbaar aanbod de kwestie van de werking van het vrijblijvend aanbod, mede gelet op de onduidelijkheid van de regeling in het NBW, heeft willen ontlopen. Hierbij dient echter te worden aangetekend dat de gegeven regel uitstekend aansloot bij de rechtspraak van de lagere

¹⁰⁷⁾ Zie bespreking in *R.M.* 1914, p. 621.

¹⁰⁸⁾ Zie M.N.S. Troelstra, *Het vrijblijvend aanbod*, diss. Leiden, H.J. Paris Amsterdam 1925; L.B.A.M. Janssens, *Het aanbod*, diss. UvA, H.J. Paris Amsterdam 1926; J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Kluwer Deventer 1971, zie ook de dissertatie van Nagelkerke, *a.w.*

¹⁰⁹⁾ Zie p. 1793. Overigens speelt in situaties waarin de overheid de aanbieder is het gelijkheidsbeginsel natuurlijk een rol, zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 18-1-1989, *KG* 1989, 89. Ook moet men hier aan discriminatie denken.

¹¹⁰⁾ Vergelijk hierover de annotatoren. Van Schilfgaarde kan zich bij advertenties geplaatst door particulieren met de regel verenigen, maar wenst onderscheid te maken met bedrijfsmatige aanbiedingen. Brunner wijst op de mogelijkheid die geboden wordt uitzonderingen op de regel te motiveren.

¹¹¹⁾ Zie hierover J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht in ontwikkeling*, Kluwer Deventer 1985, p. 31-35.

¹⁰¹⁾ Veel van de gedachten in onderstaande zijn ontleend aan een eerdere publikatie van mijn hand: Mass media and making offers to the public, 36 *American Journal of Comparative Law* 235 (1988).

¹⁰²⁾ Zie *HR* 10-4-1981, *NJ* 1981, 532 (CJHB), *AA* 1981, p. 708 (P.v.S.), vergelijk ook *HR* 26-6-1981, *NJ* 1981, 493 (PAS) en recent *HR* 11-12-1991, *NJ* 1992, 177. Aan de geciteerde formulering werd in *Hofland - Hennis* nog toegevoegd: '... waarbij niet alleen prijs en eventuele verdere voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn.'

¹⁰³⁾ J.J. Polderman, *Het openbaar aanbod*, diss. Utrecht, A.H. Kruyt Amsterdam 1913.

¹⁰⁴⁾ Zie *a.w.*, p. 6: 'In al deze gevallen doen zich analoge vragen voor, wier beantwoording in hoofdzaak er van af hangt, of men naar ons positief Nederlandsch recht mag aannemen het bestaan van de offerte, die niet tot een individueel bepaald persoon is gericht.'

¹⁰⁵⁾ *a.w.*, p. 15-16.

¹⁰⁶⁾ *a.w.*, p. 157.

rechters;¹¹²⁾ een eerdere uitspraak van de Hoge Raad was er niet.¹¹³⁾ Zoals bekend, ging het in het arrest om een advertentie in een woning-gids, waarin een huis tegen een bepaalde prijs werd aangeboden. Rechtbank en Hof meenden dat sprake was van een vrijblijvend aanbod, over de rechtsgevolgen verschilden de meningen. In het cassatiemiddel werd echter ook geargumenteed dat de advertentie geen 'aanbod' was, maar een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Een scala van argumenten met betrekking tot de problematiek van het openbaar aanbod passeert in het cassatiemiddel de revue:

'Een advertentie gelijk hierboven weergegeven kan naar haar aard en inhoud slechts worden aangemerkt als een uitnodiging tot het doen van een aanbod, nu daarin o.m. niet is aangeduid op welke termijn de juridische en feitelijke levering kan plaats vinden en wie van pp. de kosten van transport voor haar rekening zou moeten nemen, welke punten van essentieel belang zijn voor het tot stand komen van een koopovereenkomst met betrekking tot een woonhuis ... Bovendien kan een potentiële verkoper ... velerlei redenen hebben om de ene bieder te prefereren boven de andere, waarbij te denken valt aan redenen gelegen in de solvabiliteit en/of de persoon van een bepaalde bieder en/of gelegen in de bereidheid van een bieder om te betalen resp. meer te betalen voor de overname van stoffering en dergelijke.'

De elementen uit dit middel werden door de Hoge Raad in een kortere formulering overgenomen. Opvallend is wel dat de Hoge Raad stelt dat een advertentie beschouwd moet worden als een 'uitnodiging om in onderhandeling te treden', hetgeen nog weer een stap verder weg is van het tot stand komen van de overeenkomst dan de, in het cassatiemiddel gebruikte, formulering 'uitnodiging tot het doen van een aanbod'.¹¹⁴⁾

Of een aan het publiek gedane mededeling 'in beginsel' als een openbaar aanbod moet worden gezien of slechts als een uitnodiging om in onderhandeling te treden hoeft in de praktijk niet tot andere uitkomsten te leiden. Zo is in de Verenigde Staten het uitgangspunt dat een 'mededeling' aan het publiek (advertentie, prijslijst, etc.) geen bindend aanbod is, en dat 'acceptatie' geen rechtsgevolgen heeft; ook hier zijn echter uitzonderingen op de regel mogelijk. Een vergelijking van de Nederlandse en Amerikaanse jurisprudentie toont aan dat in beide

rechtssystemen, ondanks de verschillende uitgangspunten, dezelfde resultaten bereikt worden.¹¹⁵⁾ Het lijkt dan ook nuttig om de aandacht te richten op de specifieke overwegingen die de uitkomsten in concrete zaken bepalen. Deze 'policy factoren' kunnen ook bij contractsdwang van belang zijn. Voordat wij echter deze factoren bespreken, eerst nog een korte beschouwing over de samenhang die men in de literatuur ziet tussen openbaar aanbod, contractsdwang, en contractsdwang.

3.2.2 Openbaar aanbod, contractsdwang, en contractsdwang

Polderman noemt *Kontrahierungszwang* als een van de verschijnselen 'waarmede men het openbaar aanbod niet moet verwarren'.¹¹⁶⁾ Onder *Kontrahierungszwang* verstaat hij de van *overheidswege opgelegde* verplichting om een bepaalde overeenkomst te sluiten. Als voorbeeld noemt hij art. 31 van de Spoorwegwet van 1875,¹¹⁷⁾ en art. 14 van de Telegraafwet van 1904. Als verschilpunten noemt Polderman dat bij *Kontrahierungszwang* met iedereen die dat wenst gecontracteerd moet worden, en dat het initiatief ook van de wederpartij kan uitgaan. Polderman stelt: 'Contrahierungszwang en openbaar aanbod behoeven dus niet samen te vallen'.¹¹⁸⁾

Nagelkerke maakt een onderscheid tussen volledig en onvolledig aanbod.¹¹⁹⁾ Bij een volledig aanbod kan geen sprake zijn van contractsdwang: een acceptatie van het aanbod doet 'automatisch' de overeenkomst ontstaan, en een weigering heeft derhalve de betekenis van wanprestatie.¹²⁰⁾ Onder het onvolledig aanbod wordt verstaan 'het aan de wederpartij gedane voorstel tot het aangaan van een overeenkomst, welk voorstel bindende kracht mist, hetzij omdat het te onbepaald is, hetzij omdat de persoonlijkheid van de wederpartij een dominerende rol speelt in het voorstel, hetzij omdat het vrijblijvend wordt gedaan.' Het onvolledige aanbod mist bindende kracht. Contractsdwang kan bij een onvolledig aanbod echter wel rechtsgevolgen hebben, maar uitsluitend op grond van onrechtmatige daad. Belangrijk hierbij is dat degene die het onvolledig aanbod uitbrengt het initiatief genomen heeft.¹²¹⁾

Uit bovenstaande valt af te leiden dat de grens tussen openbaar aan-

¹¹²⁾ In de rechtspraak zijn niet veel vonnissen aan te wijzen waar een openbaar aanbod werd aangenomen; in veel zaken is het duidelijk dat er een overeenkomst tot stand is gekomen, en gaat het er in feite om of het 'aanbod' tot de contractsinhoud behoort, zie mijn eerder genoemde artikel, p. 273 e.v.

¹¹³⁾ Dit hangt ook samen met de kwestie of de vraag of advertenties etc. een algemeen aanbod vormen in cassatie aan de orde kan worden gesteld. In *Hofland - Hennis* had de P-G gesteld dat deze vraag uitleg van het gedingstuk betrof, welke in cassatie niet aan de orde kon komen, zie p. 1794, zie ook de noot van Brunner sub 2. Zie over deze materie ook de discussie tussen Van Dunné en Hartkamp in AA 1992.

¹¹⁴⁾ Conform Rb. Utrecht 19-11-1975, *NJ* 1975, 480. Met name Van Schilfgaarde besteedt in zijn noot aandacht aan dit aspect.

¹¹⁵⁾ Zie hierover mijn eerder genoemde artikel.

¹¹⁶⁾ *a.w.* p., 28-31.

¹¹⁷⁾ Zie hierover ook Polderman, *a.w.*, op p. 136 e.v.

¹¹⁸⁾ Zie *a.w.* p. 29. Als verschil noemt Polderman ook de rechtsgevolgen: wanneer een openbaar aanbod geaccepteerd is en er wordt niet nagekomen, dan is er wanprestatie met alle gevolgen vandaan, er kan reële executie plaats vinden. Bij *Kontrahierungszwang* kan er slechts sprake zijn van onrechtmatige daad. Dit verschil in rechtsgevolgen geldt vandaag de dag niet meer.

¹¹⁹⁾ Nagelkerke, *a.w.*, p. 82.

¹²⁰⁾ Zie *a.w.*, p. 85-86.

¹²¹⁾ Zie *a.w.* p. 101-102, en de samenvatting op p. 164.

bod, contractsweigeren, en contractsdwang uitermate vaag is.¹²²⁾ In feite wordt een verschil geconstrueerd door middel van het begrip 'initiatief'. Bij een openbaar aanbod moet sprake zijn van initiatief van de 'aanbieder', die op grond van dat initiatief, of liever gezegd: op grond van het door het initiatief gewekte vertrouwen, gebonden is. Wanneer men zich realiseert dat dit vereiste naar believen op te rekken is, beseft men dat het onderscheid vaag is. Wanneer men het voorbeeld neemt van de spoorwegen, een 'primaire' voorbeeld van contractsdwang, dan kan men naar believen 'initiatief' creëren. Het meest logisch is om te kijken naar het bekend maken van de dienstregeling (bijvoorbeeld op het perron, via (locale) bladen, in boekvorm, of tegenwoordig zelfs op floppy), het openstellen van loketten, etc. Men kan zelfs stellen dat het leggen van rails voldoende is; zo kan men steeds een vorm van 'initiatief' construeren. Vergelijk ook hetgeen reeds in de inleiding van dit hoofdstuk is gesteld over de relatie tussen openbaar aanbod en contractsdwang. Een en ander ondersteunt de gedachte dat de belemmeringen die een rol spelen bij de vraag of sprake is c.q. moet zijn van een openbaar aanbod ook van belang te achten voor de contractsdwang.

3.2.3 Belemmeringen voor een openbaar aanbod

In deze paragraaf wordt aan de orde gesteld welke belemmeringen er bestaan om een openbaar aanbod aan te nemen. Hierbij wordt er van uitgegaan dat het 'aanbod' voldoende bepaald is.¹²³⁾ Overigens kan men ook hier ruim of restrictief interpreteren: indien de rechtbank geen openbaar aanbod wil aannemen, kan zij vaak ook voor het anker van de onbepaaldheid gaan liggen. Meer algemeen kan wel worden gesteld dat boodschappen aan een groter publiek vaak minder gedetailleerd en specifiek zullen zijn, zodat het argument van de onbepaaldheid vaak terecht zal worden aangevoerd.

3.2.3.1 Vrije partnerkeuze

In een aantal contracten is de persoon van de wederpartij bepalend c.q. relevant voor het contract. Deze contracten worden wel aangeduid met de term contracten *intuitu personae*.¹²⁴⁾ Een vaak genoemd voorbeeld is de opdracht aan een bepaalde schilder voor het maken van een portret. Als andere voorbeelden worden onder meer genoemd arbeidsovereenkomsten, huur- en pachtovereenkomsten, lidmaatschapsovereen-

¹²²⁾ Zie ook in die zin naar aanleiding van het werk van Nagelkerke J.M. van Dunné, *a.w.* Supplement 1986, p. 18.

¹²³⁾ Vergelijk art. 6:227 BW: de verbintenissen die partijen op zich nemen moeten bepaalbaar zijn.

¹²⁴⁾ Zie *Contractenrecht II* (Blei Weissmann) nrs. 464, 465. Zie ook Nagelkerke, *a.w.* p. 96: Een voorstel vertoont het karakter 'intuitu personae', indien de hoedanigheid van degene tot wie het voorstel is gericht een dominerende rol speelt.

komsten, etc.¹²⁵⁾ Het is duidelijk dat hier een glijdende schaal kan worden toegepast. Bij contracten voor diensten met een persoonlijk karakter, denk aan de portretschilder, is het *intuitu personae*-karakter zeer duidelijk aanwezig, bij een verzekeringscontract bijvoorbeeld weer veel minder. Overigens is er bijzonder weinig literatuur over het trekken van grenzen bij het *intuitu personae*-karakter. Indien een overeenkomst een *intuitu personae*-karakter heeft, is er voor een 'openbaar' aanbod geen plaats. Elke mededeling aan het publiek heeft in dergelijke gevallen alleen het doel om in contact te komen met potentiële kandidaten.

Het element van het belang van 'de persoon' met wie gecontracteerd wordt is door de Hoge Raad in het kader van het openbaar aanbod in *Hofland - Hennis* expliciet erkend, in de formulering 'waarbij niet alleen prijs en eventuele verdere voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn.' Een open vraag is aan welke aspecten de Hoge Raad hierbij met name gedacht heeft. Het in het cassatiemiddel genoemde aspect van solvabiliteit bijvoorbeeld wordt niet door de Hoge Raad genoemd.¹²⁶⁾

In de lagere rechtspraak heeft het aspect van de 'persoon' van de wederpartij ook de nodige aandacht gekregen.¹²⁷⁾ Zo oordeelde het Kantongerecht Groningen in *Scheffer - Kamminga*,¹²⁸⁾ een zaak met betrekking tot een advertentie in de krant voor een tweedehands piano, dat de advertentie geen bindend aanbod was, onder meer omdat niet aangenomen kon worden dat de aanbieder afstand gedaan zou hebben van zijn recht uit eventuele liefhebbers een keuze te doen van de persoon, met wie hij een overeenkomst wil sluiten. Dezelfde redenering is te vinden in *Baardman - Tuynenburg Muys*, waar solvabiliteit expliciet genoemd wordt.¹²⁹⁾

In de zaak *Leonard - Diltlijn*¹³⁰⁾ daarentegen oordeelde de rechtbank Dordrecht dat in een hotel-café-restaurant dagelijks een openbaar aanbod gedaan wordt om van het etablissement gebruik te maken, en dat op dit aanbod slechts in zeer speciale gevallen kan worden teruggekomen tegenover personen die door dronkenschap, onredelijk of wanordelijk gedrag te goeder trouw niet het recht hebben van het algemeen aanbod gebruik te maken. Eiser viel naar het oordeel van de rechtbank niet binnen deze categorie, het enkele feit dat eiser en gedaagde elkaar

¹²⁵⁾ Zie Nagelkerke, *a.w.*, p. 96-97 en *Contractenrecht II* (Blei Weissmann) nr. 504.

¹²⁶⁾ Vergelijk ook HR 20-5-1988, *NJ* 1988, 943, waarin de Hoge Raad stelde dat onder omstandigheden een koop kan worden gesloten terwijl nog niet vast staat wie de verkoper zal zijn: de natuurlijke persoon of de BV die hij wellicht gaat oprichten.

¹²⁷⁾ Zie ook het overzicht van rechtspraak in *Contractenrecht II* (Blei Weissmann) nr. 504.

¹²⁸⁾ Ktg. Groningen 25-7-1957, *NJ* 1958, 164.

¹²⁹⁾ Rb. Utrecht 19-11-1975, *NJ* 1975, 480.

¹³⁰⁾ Pres. Rb. Dordrecht 3-2-1965, *NJ* 1966, 63.

'niet lagen' of een keer ruzie hadden gehad wettigde geen uitsluiting. Het vonnis is belangrijk indien men ook de feitelijke context in de beschouwingen betreft. Eiser was makelaar die toegang wilde tot een etablissement, waarin onder andere notarissen veilingen organiseerden. Gedaagde, de exploitant van het etablissement, verzette zich niet tegen toelating bij deze veilingen (overigens werden inmiddels op grond van gedaagde's houding de veilingen elders gehouden!), maar verzette zich wel tegen toelating anderszins. Eiser vorderde toegang voor het voeren van besprekingen van zakelijke aard, zoals conferenties met bijvoorbeeld collega's. Simpel gezegd blijkt uit het vonnis dat het vermoedelijk zeer grote economische belang van eiser bij vrije toegang¹³¹⁾ prevaleert boven de zeer persoonlijke antipathie van de exploitant.

Te sterke persoonlijke sympathie kan ook een probleem zijn. In *X - Stichting Z.*¹³²⁾ was een cursiste bij een vormings- en trainingscentrum verliefd geworden op een cursusleidster, en bleef, na een afwijzing van de cursusleidster, hiervan blijf geven. De Stichting weigerde vervolgens inschrijvingen van betrokkene te accepteren. De rechtbank oordeelde dat gelet op de aard van de cursus het welslagen in betekenende mate afhing van de persoon der deelnemers, zodat pas van een overeenkomst sprake kon zijn wanneer een inschrijving door de Stichting geaccepteerd werd.¹³³⁾

In dit kader kan ook genoemd worden de zaak van de Bredase jongerensociëteit,¹³⁴⁾ waarin een jongere geweigerd werd op de door een stichting op niet-commerciële basis geëxploiteerde wekelijkse disco-avond, omdat hij 'qua uitstraling' niet binnen de sfeer van de avond paste. In het vonnis werd geoordeeld dat gedaagde, zolang geen sprake was van strijd met wettelijke anti-discriminatiebepalingen, vrij was in het toelatingsbeleid. Factoren die een rol speelden bij de beslissing waren de ideële grondslag, en het feit dat er in Breda nog andere disco's zijn.

Een laatste probleem dat in het kader van de vrije partnerkeuze genoemd kan worden is de vraag of gecontracteerd moet worden met concurrenten. In de rechtspraak is hierover een serie uitspraken te vinden, zaken die zich alle afspelen in de wereld van de verkoop van confectie in Amsterdam in de jaren twintig, die hier echter geen bespreking

¹³¹⁾ In hoeverre de exploitant een soort van monopoliepositie had is niet duidelijk. De veilingen werden reeds elders gehouden, maar aannemelijk is dat de makelaar voor vele belangrijke contacten toch op het etablissement van eiser bleef aangewezen.

¹³²⁾ Pres. Rb. Arnhem 23-12-1991, *KG* 1992, 45.

¹³³⁾ Vergelijk ook over ongewenste contacten Hof 's-Hertogenbosch 23-5-1990, *KG* 1990, 228; Hof 's-Gravenhage 17-4-1990, *KG* 1990, 289.

¹³⁴⁾ Pres. Rb. Breda 31-3-1988, *KG* 1988, 183.

behoeven.¹³⁵⁾ De vraag of de aanvaarding door een concurrent van het openbaar aanbod geldig is leidt tot beschouwingen over monopolieposities. Vergelijk de uitspraak van het Kantongerecht Arnhem over een weigering tot verhuur van (in het openbaar te huur aangeboden) bedrijfsruimte aan een bruidsmodezaak omdat de zuster van de directeur/aandeelhouder van verhuurder ook een bruidsmodezaak in dezelfde plaats exploiteert. Het kantongerecht laat - met een beroep op *Hofland - Hennis*, de goede verstandhouding binnen de familie prevaleren boven gezonde concurrentie.¹³⁶⁾ Op dit mededingingsaspect wordt hier verder niet ingegaan.

3.2.3.2 Kwantiteit

Wanneer iemand een openbaar aanbod gedaan heeft, kunnen er problemen ontstaan op het gebied van de kwantiteit. De aanbieder kan geconfronteerd worden met een aantal aanvaardende partijen dat groter is dan hij verwacht had, een aanvaardende partij kan een grotere hoeveelheid vragen dan was voorzien, of de combinatie van beide doet zich voor.¹³⁷⁾ Degene die een openbaar aanbod doet kan dergelijke kwantiteitsproblemen problemen zelf voorkomen. In het aanbod kunnen beperkingen op het gebied van de kwantiteit worden gesteld. Zo kan bijvoorbeeld worden aangegeven dat per persoon slechts een beperkte hoeveelheid kan worden geleverd, of kan de totale te leveren voorraad in het openbaar aanbod worden vermeld.

Vaak is in een 'openbaar aanbod' geen hoeveelheid aangegeven. In de Verenigde Staten is dit een van de argumenten om terughoudendheid te betrachten ten aanzien van een 'openbaar aanbod'. Zo werd dit element centraal gesteld in de zaak *Moulton v Kershaw*,¹³⁸⁾ waarin werd aangeboden 'Michigan fine salt, in full car-load lots of 80-95 bbls', en de rechtbank weigerde hierin een aanbod te zien, ook niet een aanbod

¹³⁵⁾ Vergelijk over de problematiek en de genoemde uitspraken ook mijn artikel, *a.w.*, p. 260-261. Zie ook Nagelkerke, *a.w.*, p. 133-136; J.M. van Dunné, *a.w.* Supplement 1986, p. 18; *Contractenrecht II* (Blei Weissmann) nrs. 508.

¹³⁶⁾ Zie *Ktg.* Arnhem 8-1-1990, *Prg.* 1990, 3216.

¹³⁷⁾ Een aardig kwantiteitsprobleem kwam aan de orde in de zaak *ASVA - UvA*, Pres. Rb. Amsterdam 21-1-1986, *KG* 1986, 89. Partijen hadden in het blad *Folia* een advertentie geplaatst waarin kosteloos vervoer per bus naar een demonstratie tegen de studiefinancieringsplannen van het ministerie werd aangeboden. De UvA betoogde dat zij bij een eerder bereikt principe-akkoord zich slechts verplicht had tot vervoer op haar kosten van de bezetters van het Maagdenhuis. De rechtbank achtte haar gehouden aan de tekst waarover overeenstemming was bereikt. De Universiteit diende voor vervoer te zorgen, waarbij wel ruimte bleef voor de mogelijkheid dat een aantal demonstranten geen plaats in een bus zou kunnen vinden en per trein (de zaak dateert van vóór de OV-jaarkaart!) zou moeten reizen.

¹³⁸⁾ 59 *Wis.* 316, 18 *N.W.* 172 (1884).

om een redelijke hoeveelheid te leveren.¹³⁹⁾ In zaken waarin de hoeveelheid geen probleem vormt wordt in het Amerikaanse recht soms wel een openbaar aanbod aangenomen, vergelijk de zaak *Lefkowitz v Minneapolis Great Surplus Store, Inc.*¹⁴⁰⁾ waarin bij wijze van stunt enkele in de advertentie specifiek omschreven artikelen spotgoedkoop aangeboden werden en expliciet vermeld stond 'first come, first served' (hetgeen zoveel betekent als: 'Wie het eerst komt, het eerst maalt ...'). Voor het Nederlandse recht wordt in de literatuur verdedigd dat een algemeen aanbod van goederen in het algemeen geacht wordt te zijn gedaan onder de beperkende clausule 'zolang de voorraad strekt'.¹⁴¹⁾ De aanbieder is in deze optiek dus verplicht de hele feitelijk aanwezige voorraad te verkopen. Hoe deze voorraad over eventuele meerdere gegadigden verdeeld moet worden is niet duidelijk. Men kan hier een relatie leggen met de - vage - figuur van het 'vrijblijvend' aanbod, voor welke figuur deze vragen wel aan de orde geweest zijn.¹⁴²⁾

3.3 Conclusies

In bovenstaande werden met name twee elementen besproken die een belemmering vormen voor het aannemen van een openbaar aanbod: vrije partnerkeuze en de kwantiteitsproblematiek. Geopperd werd dat de overwegingen ten aanzien van deze factoren van belang kunnen zijn voor de problematiek van contractsdwang.

De vraag naar de vrijheid van keuze van partijen met wie men zaken wil doen zal onvermijdelijk ook bij contractsdwang aan de orde komen. In verband met het openbaar aanbod werd het begrip *intuitu personae* geïntroduceerd. Indien een te sluiten overeenkomst een *intuitu personae*-karakter heeft, lijken de mogelijkheden voor contractsdwang gering. Iets dat een 'persoonlijke' prestatie vergt geniet in termen van contractsvrijheid de grootste bescherming, aangezien de inbreuk op de contractsvrijheid hier het sterkst gevoeld wordt. Te denken valt aan het verschil tussen de plicht een schilderij te maken of de plicht een ton aardappelen te leveren. Het *intuitu personae*-criterium geeft niet veel houvast. Men kan ook de aandacht richten op bepaalde categorieën personen die geen aanspraak kunnen maken op contractsdwang. De

vraag wordt dan in hoeverre een partij, die in beginsel tot contracteren gedwongen kan worden, kan weigeren met *bepaalde* partijen te contracteren. Ook deze vraag lijkt slechts op basis van concrete casusposities (bijvoorbeeld: in de horeca-sfeer mogen dronken, agressieve of onverzorgde personen worden geweigerd) te beantwoorden. Als algemeen aspect kan solvabiliteit worden genoemd.

De kwantiteitsproblematiek laat zich als volgt vertalen: kan men contractsdwang opleggen in een situatie waarin geen beperkingen ten aanzien van kwantiteit aanwezig zijn? Hierdoor wordt mogelijk een onbeperkte aansprakelijkheid gevestigd; het antwoord zal dus in beginsel ontkennend zijn. Uitzonderingen kan men maken wanneer uit de gegeven situatie blijkt dat het ontstaan van kwantiteitsproblemen niet waarschijnlijk is. Het zal geheel van de omstandigheden afhangen of er een kwantiteitsprobleem te verwachten is, en of dit een voldoende argument is tegen het toepassen van contractsdwang; in geval van een monopolie kan men bijvoorbeeld redeneren dat het kwantiteitsrisico voor rekening is van de monopolist. Een andere oplossing van het kwantiteitsprobleem kan men vinden in de toepassing van gedachte 'zolang de voorraad strekt'. Contractsdwang wordt dan aangenomen, alleen echter voor een redelijke hoeveelheid.

Ook hier kan men, net als bij de vraag of een 'openbaar aanbod' in beginsel wel of niet bindend is, stellen dat wat de regel is, en wat de uitzondering, voor de uitkomst geen verschil hoeft te maken. Wanneer men contractsdwang toepast, en dit dus 'de regel' is, kan men uitzonderingen toestaan, en andersom. Zo kan men in de horeca-sfeer een plicht tot contracteren aannemen, maar een uitzondering maken voor bepaalde situaties, bijvoorbeeld wanneer personen zich duidelijk niet passend gedragen, of wanneer de exploitant na een redelijk te achten voorraad voedsel en drank uitgeput te hebben niet meer kan leveren.

4. Enkele voorbeelden van contractsdwang

4.1 Inleiding

Bij de bespreking in § 2.7 van de inpassing van contractsdwang in het systeem zijn enkele vormen van op de wet berustende contractsdwang ter sprake gekomen. Het lijkt nuttig deze vormen van contractsdwang kort de revue te laten passeren. De bespreking kan kort zijn, omdat dit terrein in het proefschrift van Nagelkerke reeds in kaart is gebracht. Gememoreerd moet worden dat bij een aantal bepalingen getwist kan worden over de vraag of sprake is van een duidelijke contractsdwang ('rechtstreekse' plicht om te contracteren), een plicht een openbaar aanbod te doen, of een plicht om de uit de acceptatie van een openbaar

¹³⁹⁾ 18 N.W. 172, p. 173-174. Zie ook de tekst in F. Kessler & G. Gilmore, *Contracts cases and materials*, Little Brown Boston 2nd ed. 1970, p. 155. Vergelijk echter Farnsworth 1982, § 3.10 op p. 128: 'The risk [of unlimited liability] disappears if the proposal specifies a range or an upper limit within which the recipient may make a selection, or if such a restriction can be read in from usage, course of dealing, or under a standard of reasonableness.' (nadruk toegevoegd)

¹⁴⁰⁾ 251 Minn. 188, 86 N.W. 2d 689 (1957), ook te vinden in Kessler & Gilmore, a.w., p. 147. De zaak wordt ook genoemd door Brunner in zijn noot bij *Hafland - Hennis*.

¹⁴¹⁾ Zie Asser-Hartkamp 4 II (1989) nr. 140, *Contractenrecht II* (Blei Wessmann) nr. 506.

¹⁴²⁾ Zie de literatuur over het 'vrijblijvend aanbod' en art. 6: 219 lid 3 BW, vergelijk *Contractenrecht II* (Blei Wessmann) nr. 541.

aanbod voortvloeiende verplichtingen na te komen. Aan deze onderscheidingen meen ik, mede in het licht van het eerder in het vorige hoofdstuk betoogde, voorbij te kunnen gaan.

a. Art. 6 van de Notariswet luidt:

'Buiten gegronde redenen, mogen de notarissen hunne dienst niet weigeren, wanneer zij tot het leenen daarvan worden verzocht. Zij zijn voorts verplicht om ... hun dienst aan onvermogenen of minvermogenen kosteloos, onderscheidenlijk tegen tot de helft verminderd tarief te verlenen.'¹⁴³⁾

b. Artt. 13 en 67 Advocatenwet

Voor procureurs gold vroeger een bepaling als voor notarissen. In de artt. 13 en 67 wordt thans slechts de aanwijzing door de deken geregeld:

'De rechtzoekende die niet of niet tijdig een advocaat (procureur) bereid vindt hem zijn diensten te verlenen in een zaak, waarin vertegenwoordiging door een advocaat (procureur) is voorgeschreven dan wel bijstand uitsluitend door een advocaat (procureur) kan geschieden, kan zich wenden tot de deken van de orde van advocaten in het arrondissement waar de zaak moet dienen, met het verzoek een advocaat (procureur) aan te wijzen.'

Op deze bepalingen wordt hier verder niet ingegaan.¹⁴⁴⁾

c. Wellicht het meest klassieke voorbeeld van (wettelijke) contractsdwang is te vinden in art. 31 Spoorwegwet:

'De ondernemers zijn verplicht de reizigers en de aangeboden, niet door wettelijke bepalingen uitgesloten goederen te vervoeren op de voorwaarden bij de reglementen bepaald ...'

Het Algemeen Reglement Vervoer geeft een aantal ordebepalingen.¹⁴⁵⁾ Verder zijn nog van belang de Wet vervoersvoorwaarden openbaar vervoer en het Besluit vervoersvoorwaarden openbaar vervoer.¹⁴⁶⁾ De wet en het besluit gelden voor openbaar vervoer per trein, tram, autobus of personenauto. Ook hierin is een aantal bepalingen met betrekking tot de orde te vinden. De wet en het besluit zijn niet alleen van

¹⁴³⁾ Zie hierover uitgebreid Melis-Santen-Waaijer, *De notariswet*, Tjeenk Willink Zwolle, 6e druk 1991, hoofdstuk 11.

¹⁴⁴⁾ Zie Nagelkerke, *a.w.*, p. 126 e.v. Vergelijk ook regel 35 ten tweede van de gedragsregels voor advocaten 1980: 'De advocaat behoort in het algemeen gedurende de normale kantooruren bereikbaar te zijn. Bij afwezigheid draagt hij zorg voor een passende waarneming van zijn praktijk.' Vergelijk ook art. 18 Gw lid 1: 'Ieder kan zich in rechte en in administratief beroep doen bijstaan.'

¹⁴⁵⁾ Besluit van 20-12-1966, Stb. 556 (S & J nr. 32).

¹⁴⁶⁾ Wet van 28-04-1984, Stb. 108 en besluit van 12-7-1986, Stb. 396 (S & J nr. 32).

toepassing op het spoorvervoer, maar op openbaar vervoer in het algemeen.

Naast het spoorvervoer kan men dus ook aan andere vormen van vervoer denken. Noch de Wet personenvervoer noch het Besluit personenvervoer¹⁴⁷⁾ kennen weliswaar een expliciete contractsdwang als zodanig, maar een zelfde effect wordt bereikt door de aan de vergunninghouder/vervoerder opgelegde plicht de dienstregeling uit te voeren (artt. 12 en 16). Contractsdwang in het openbaar vervoer kent door hedendaagse ontwikkelingen allerlei interessante aspecten, te denken valt aan het vervoer van voetbalsupporters¹⁴⁸⁾ en de OV-jaarkaart,¹⁴⁹⁾ maar daar wordt hier aan voorbij gegaan.

d. Vervoersweigering en de artt. 517 f, 533 e, 856 en 924 WvK

In deze artikelen uit het Wetboek van Koophandel ging het om een plicht om, indien voorwaarden openbaar gemaakt waren, op deze voorwaarden te contracteren. Deze artikelen zijn niet overgenomen in boek 8 van het nieuwe BW.

e. Art. 24 W.E.M.

Hieraan is al kort aandacht besteed. Zie voor een korte bespreking van het mededingingsrecht (zowel de W.E.M. als het EEG recht) hoofdstuk 2, § 2.5.

f. In diverse bepalingen in het WvS wordt discriminatie strafbaar gesteld. Met name van belang is art. 429^{quater},¹⁵⁰⁾ waarin discriminatie wegens ras, godsdienst, levensovertuiging, geslacht, of hetero- of homoseksuele gerichtheid in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf strafbaar wordt gesteld. Aan discriminatie is al kort aandacht besteed in hoofdstuk 2, § 2.6.

In aanvulling hierop kan men nog naar enkele andere wetten kijken, met name de wetten op het gebied van post en telecommunicatie.

g. In art. 2 lid 2 Postwet¹⁵¹⁾ is bepaald dat de concessiehouder verplicht is om voor een ieder in het gehele land tegen vergoeding het vervoer te verrichten van brieven en andere geadresseerde zendingen. In de toe-

¹⁴⁷⁾ Wet van 12-3-1987, Stb. 175 en Besluit van 28-10-1987, Stb. 506.

¹⁴⁸⁾ Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Utrecht 10-12-1985, KG 1986, 54.

¹⁴⁹⁾ Zie Rb. Zwolle 29-3-1984, NJ 1984, 510; Pres. Rb. 's-Gravenhage 24-4-1991, KG -1991, 179, TvC 1991, p. 211; NO 17-12-1991, AB 1992, 206.

¹⁵⁰⁾ Zie ook de artt. 137c, d en e, 429ter, vergelijk de definitie van art. 90^{quater}. Voor de recente wijzigingen zie W.G. Schimmel-Bonder, Wetgeving inzake verbod van discriminatie, AA 1992, p. 414.

¹⁵¹⁾ Wet van 26-10-1988, Stb. 522 (S & J nr. 22).

lichting op dit artikel wordt dit zeer expliciet in verband gebracht met de in art. 4 lid 1 geregelde monopoliepositie.

h. In de Wet op de telecommunicatievoorzieningen¹⁵²⁾ is in art. 4 lid 1 bepaald dat de houder van de concessie verplicht is om een ieder tegen vergoeding het gebruik van de diensten (telefoon-, telex- en datatransport) ter beschikking te stellen.¹⁵³⁾

Naast deze gebieden kan men wellicht ook op andere terreinen wettelijke contractsdwang aantreffen. Te denken valt bijvoorbeeld aan verzekeringen in ruime zin (met name op het gebied van ziektekosten en sociale zekerheid), etc. Het ligt echter niet in de bedoeling hier een uitputtend overzicht van wetgeving te geven. Een dergelijk overzicht is zeker nuttig, maar is verder niet noodzakelijk voor een analyse van problemen die samenhangen met contractsdwang. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt de aandacht geconcentreerd op twee terreinen: woonrecht en levering door nutsbedrijven.

Voor het woonrecht is gekozen omdat daar sprake is van een situatie waarin duidelijk is dat burgers een zekere 'aanspraak' hebben, namelijk een aanspraak ten aanzien van behoorlijke huisvesting. Onderzocht wordt welke problemen zich voordoen bij de pogingen om deze aanspraak een juridisch karakter te geven. Deze situatie verschilt dus van de boven omschreven gebieden, waar een duidelijke wettelijke norm ten grondslag ligt aan de contractsdwang. Van een dergelijke wettelijke norm is gedeeltelijk wel sprake bij levering door nutsbedrijven. Bij nutsbedrijven staat de contractsdwang, de leveringsplicht, in feite niet ter discussie. Juist vanwege deze leveringsplicht ontstaan echter problemen ten aanzien van de beëindiging van de levering. De problemen die bij beëindiging van de levering aan de orde komen geven daarom ook een inzicht in de contractsdwang.

4.2 Wonen

4.2.1 Inleiding: woonrecht als grondrecht

Bij de beschrijving van de huurovereenkomst is er in de literatuur relatief weinig aandacht voor de totstandkoming van deze overeenkomst.¹⁵⁴⁾ Wel besproken wordt het feit dat op het terrein van het huurrecht de contractsvrijheid steeds meer ingeperkt wordt. De vraag

¹⁵²⁾ Wet van 26-10-1988, *Stb.* 1988, 520 (*S & J* nr. 67).

¹⁵³⁾ Zie ook art. 4 lid 2 voor de verplichting om vaste verbindingen (huurlijnen) ter beschikking te stellen.

¹⁵⁴⁾ Zie Asser-Abas 5 II (1990); A.L. Croes, *Over huur en onderhuur*, Gouda Quint Arnhem, 4e druk 1991, p. 21; J.H. Saelman, *Huur en verhuur*, Van Loghum Slaterus Deventer, 2e druk 1990, p. 14.

is in hoeverre er sprake is van een afdwingbaar 'woonrecht'; de term 'woonrecht' wordt hier gebruikt om vorm te geven aan de gedachte dat burgers een recht hebben op fatsoenlijke en betaalbare huisvesting. Is de contractsvrijheid zodanig ingeperkt, dat er voor degenen die woonruimte te huur zouden kunnen aanbieden de verplichting bestaat met een ander de door deze gewenste huurovereenkomst aan te gaan?¹⁵⁵⁾ Indien deze verplichting bestaat, is er contractsdwang.

De eerste vraag die aan de orde komt is de kwestie welke rechten ontleend kunnen worden aan art. 22 Grondwet.¹⁵⁶⁾

'Bevordering van voldoende woongelegenheid is voorwerp van zorg der overheid.'

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de term 'voldoende woongelegenheid' niet alleen betrekking heeft op het volume, maar ook de kwaliteit, de veiligheid, de gezondheid, etc. Gesteld wordt dat de Grondwet niet een 'recht op wonen' als zodanig kent, maar dat de overheidsmaatregelen er wel op gericht dienen te zijn de uitoefening van dit 'recht' mogelijk te maken. Aan het grondwetsartikel is niet een (afdwingbaar) 'recht op wonen' te ontlelen. Aan de overheid wordt een 'inspanningsverplichting' opgelegd; hieruit wordt geconcludeerd dat slechts in uitzonderlijke situaties het 'woonrecht' derdenwerking zal kunnen hebben.¹⁵⁷⁾ Het uit 1991 daterende arrest *Pool - Woningbouwvereniging St. Joseph*¹⁵⁸⁾ geeft niet de indruk dat de Hoge Raad geneigd is snel een concrete 'aanspraak' op huisvesting aan te nemen. De overwegingen van het arrest concentreren zich overigens niet op art. 22 Grondwet, maar op verdragsbepalingen en op art. 15 Besluit toegelaten instellingen. De procedure was tegen een woningbouwvereniging, zie over woningbouwverenigingen ook § 4.2.4.

Het 'woonrecht' is dus zeker nog geen vastomlijnd begrip; met name de relatie met het eigendomsrecht is nog niet uitgekristalliseerd. Toch kan men, los van een discussie over de rol van de Grondwet, als uitgangspunt nemen dat het recht op wonen een zekere bescherming geniet, zodat onder omstandigheden jegens anderen aanspraken geldend kunnen worden gemaakt. In het volgende wordt dit aan de hand van

¹⁵⁵⁾ Men kan zich ook voorstellen dat men een koopovereenkomst wil aangaan. Dit wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

¹⁵⁶⁾ Internationale verdragen blijven hier buiten beschouwing. Hieraan valt echter voor een burger ook niet de mogelijkheid te ontlelen de overheid of een medeburger te dwingen hem woonruimte te verschaffen. Zie Saelman, *a.w.*, p. 33. Vergelijk ook A. van Oevelen in: K. Rimanque (ed.), *a.w.*, op p. 130-132. Vergelijk ook het hierna nog te noemen arrest van de Hoge Raad inzake *Pool - Woningbouwvereniging St. Joseph*, en Pres. Rb. Dordrecht 7-6-1984, *KG* 1984, 195. Vergelijk ook ten aanzien van navraag doen naar huurschulden Pres. Rb. Zwolle 6-4-1984, *KG* 1984, 176.

¹⁵⁷⁾ Zie over de betekenis van het grondwetsartikel C.A. Adriaansens en A.Ch. Fortgens, *Volkshuisvestingsrecht*, diss. Delft, Kluwer Deventer 1990, p. 64-68 en de daar geciteerde literatuur, vergelijk ook Akkermans, *a.w.*, p. 338-339.

¹⁵⁸⁾ HR 11-1-1991, *RvdW* 1991, 29.

een paar onderwerpen uitgewerkt.

De vraag of een eigenaar van een woning gedwongen kan worden deze te verhuren kan niet enkel en alleen privaatrechtelijk worden bekeken: publiekrechtelijke elementen doorkruisen de vraagstelling. In § 4.2.2 worden eerst enkele opmerkingen gemaakt over het vorderingsrecht van gemeenten. Bezien wordt wat het karakter is van de verhoudingen die na vordering ontstaan. Vervolgens wordt in § 4.2.3 het kraken van woningen besproken, waarbij aandacht voor (recente) jurisprudentie op dat terrein. De overheid en woningbouwverenigingen nemen als verhuurder een speciale positie in: in § 4.2.4 wordt voor deze verhuurders de plicht tot verhuur nader bekeken. Een belangrijk aspect bij de beslissing omtrent toewijzing en huurachterstand, wordt in § 4.2.5 besproken, waarna vervolgens het onderwerp overlast kort aan de orde wordt gesteld.

4.2.2 Vorderen

Bij de vraag of een eigenaar van een woning gedwongen kan worden deze te verhuren kan in de eerste plaats worden gedacht aan de publiekrechtelijke mogelijkheid tot vordering.¹⁵⁹⁾ De gedwongen verhuur is na de Tweede Wereldoorlog terug te vinden in de Woonruimtetwet 1947: zie hoofdstuk II van deze wet. De mogelijkheid om (woon)ruimte te vorderen werd in de jaren zeventig/begin tachtig (weer) actueel door de maatschappelijke beroering rondom kraken en leegstand, die uiteindelijk in 1981 tot de invoering van de Leegstandwet heeft geleid.¹⁶⁰⁾ In deze wet zijn bepalingen opgenomen over het vorderen van woonruimte; de betekenis van deze bepalingen in de praktijk bleek overigens gering te zijn.¹⁶¹⁾

De Woonruimtetwet en de Leegstandwet worden in de (nabije) toekomst vervangen door de Huisvestingswet.¹⁶²⁾ In het oorspronkelijke ontwerp van de Huisvestingswet was de leegstandregistratie, een van de belangrijke, zo niet het belangrijkste, element uit de Leegstandwet, gehandhaafd. Bij gewijzigd ontwerp is dit echter vervallen.¹⁶³⁾ De wet

¹⁵⁹⁾ Zie voor een beknopt overzicht van de regeling van de woonruimtevordering in Woonruimtetwet, Leegstandwet en ontwerp-Huisvestingswet Adriaansens en Fortgens, a.w., p. 260-266. Zie ook E.M. Peeters, *Dereguleren in de volkshuisvesting*, Tjeenk Willink Zwolle 1992, p. 200 e.v.

¹⁶⁰⁾ Over de Leegstandwet is teveel gepubliceerd om hier te vermelden. Volstaan wordt met het noemen van P.A.M. Meijknecht, *De Leegstandwet*, AA 1986, p. 536; W.M. Kleijn e.a., *Leegstandbestrijding De Leegstandwet, tijdelijke verhuur, vorderen en kraken*, Samson Alphen a/d Rijn 1982; W.M. Kleijn, *De Leegstandwet in hoofdzaken*, in: G. Verdoes Kleijn, A.A. van Velten en W.M. Kleijn, *Overheidsingrijpen in de eigendoms- en gebruiksrechten van onroerend goed*, Kluwer Deventer 1981.

¹⁶¹⁾ C.A. Adriaansens en A. Smolders, *De Leegstandwet in de praktijk*, RM Themis 1988, p. 209 op p. 227. Zie ook *infra* noot 166.

¹⁶²⁾ Zie ontwerp van wet TK 1987-1988, 20 520. De wet ligt momenteel bij de Eerste Kamer.

¹⁶³⁾ Zie C.L.J.M. de Waal en P.J. Wiegman, *Huisvestingswet - een bouwswel met gebreken*, NJB 1991, p. 1327 op p. 1333.

houdt een vorderingsbevoegdheid in voor B & W, zie art. 50 e.v. Een nieuw element is dat de vordering voor bepaalde tijd plaats vindt, en telkens¹⁶⁴⁾ voor een periode van maximaal tien jaar. In de Memorie van Toelichting wordt over het handhaven van een vorderingsbevoegdheid het volgende overwogen:

'... hoewel die [naoorlogse] situatie verleden tijd is, kan een vorderingsbevoegdheid toch niet worden gemist. Ten eerste niet, omdat een vorderingsbevoegdheid ten aanzien van woonruimte noodzakelijk is als sluitstuk van een distributiestelsel. Ten tweede niet, omdat een effectief beleid ter bestrijding van ongerechtvaardigde leegstand van zowel woningen als gebouwen het niet zonder een dergelijke bevoegdheid kan stellen.'¹⁶⁵⁾

De vordering van woonruimte als stok achter de deur derhalve. Het kan worden betwijfeld of in de praktijk hiervan veel gebruik zal worden gemaakt.¹⁶⁶⁾

Ondanks twijfels aan het praktisch nut van het vorderingsinstrument, is het interessant de relaties die door vordering en hierop volgende 'verhuur' ontstaan nader te bezien.¹⁶⁷⁾ Wanneer het gevorderde pand verhuurd wordt moet een 'gebruiksvergoeding' worden betaald.¹⁶⁸⁾ In het oorspronkelijk ontwerp van de Huisvestingswet werd ervoor gekozen om, anders dan de regeling van de Woonruimtetwet, bij vordering en daarop volgende terbeschikkingstelling, geen rechtstreekse betalingsverplichting voor de gebruiker aan de eigenaar te creëren. De 'gebruiksvergoeding' zou aan de gemeente worden betaald. In de Memorie van Toelichting werd uitdrukkelijk gesteld dat hierdoor het ontbreken van elke directe relatie tussen de civiele partijen na de vordering en de gemeentelijke verantwoordelijkheid voor de betaling van de vorderingsvergoeding tot uitdrukking werden gebracht.¹⁶⁹⁾ Naar aanleiding van opmerkingen vanuit de vaste Kamercommissie is in het ontwerp de mogelijkheid dat rechtstreeks aan de eigenaar wordt betaald, in welk geval 'de gemeente als partij er als het ware tussenuit

¹⁶⁴⁾ Bij afloop van de periode kan ten aanzien van een pand een nieuw besluit worden genomen, vergelijk art. 68.

¹⁶⁵⁾ Zie TK 1987-1988, 20 520, nr. 3 p. 45.

¹⁶⁶⁾ Vergelijk ook de evaluatie van de werking van de Leegstandwet, TK 1990-1991, 20 520, nr. 9, waaruit blijkt dat van de 55 onderzochte gemeenten slechts de gemeenten Amsterdam, Nijmegen, Rotterdam, en Utrecht vorderen, waarbij met name de gemeente Amsterdam met ongeveer 110 woonruimtevorderingen per jaar er duidelijk uitspringt.

¹⁶⁷⁾ Over deze verhoudingen in de Leegstandwet zie H. Troostwijk en G. Weesing, *De vordering van woonruimte en gebouwen om als woonruimte te dienen*, in: *Stad en recht*, Gouda Quint Arnhem 1982, p. 235.

¹⁶⁸⁾ Er is ook sprake van een vorderingsvergoeding die door de gemeente aan de eigenaar wordt betaald. Zie de toelichting bij art. 57 in het oorspronkelijke ontwerp (nr. 3, p. 96), en ook de toelichting bij art. 61 (nr. 3, p. 98) met betrekking tot de vaststelling van de vorderingsvergoeding. De vorderingsvergoeding blijft hier verder buiten beschouwing.

¹⁶⁹⁾ Zie TK 1987-1988, 20 520, nr. 3, p. 47-48.

valt', expliciet opgenomen. Hiertoe is een nieuw lid 5 aan art. 61 toegevoegd:

'Burgemeester en wethouders kunnen bepalen dat de gebruiker het ... verschuldigde bedrag, of een gedeelte daarvan, maandelijks betaalt aan de eigenaar van het gevorderde, ter gehele of gedeeltelijke betaling van de geldsommen die de gemeente ... aan de eigenaar verschuldigd wordt.'

De vraag is of de eigenaren niet liever de vergoeding van de gemeente ontvangen, los van het feit dat uiteindelijk, ook wanneer voor de constructie van de rechtstreekse betaling is gekozen, toewijzing wegens niet-betaling kan worden beëindigd (art. 64) en de gemeente garant staat (art. 63). Een argument dat niet genoemd wordt is dat door rechtstreekse betaling het *doel* van de vordering, het bieden van woonruimte aan degenen die daaraan behoefte hebben, duidelijker tot uiting komt. Hoewel dit effect grotendeels symbolisch zal zijn, mag het mijns inziens meetellen. Samenvattend kan worden gesteld dat de wetgever bij de regeling van het beleidsinstrument van de vordering uitdrukkelijk gekozen heeft voor een systeem waarin geen rechtstreekse contractuele relatie tussen eigenaar en gebruiker tot stand komt; deze relatie wordt slechts zoveel mogelijk bevorderd.

4.2.3 Kraken

Indien de overheid vordert, komt een woning beschikbaar voor bewoning/verhuur. Een woningzoekende kan ook zelf initiatief nemen, en een woning in bezit nemen. In de jaren zeventig werd op grote schaal door woningzoekenden het recht in eigen hand genomen: woonruimte werd 'gekraakt'. Het verschijnsel 'kraken' is alleen te begrijpen vanuit de realiteit van de jaren zeventig. Diverse sociale factoren speelden hierbij een rol, waarbij als belangrijkste genoemd kunnen worden de jongerencultuur van die tijd en - vanzelfsprekend - de voortdurende woningnood in de grote steden en als gevolg hiervan speculatie. Bij het kraken van een woning wordt de woning in bezit genomen. Indien de eigenaar een redelijke vergoeding wordt aangeboden kan getracht worden een soort 'huur' te bewerkstelligen. Door de eigenaar voor een *fait accompli* te stellen wordt een betere onderhandelingspositie verworven met betrekking tot het aangaan van een 'echte' huurovereenkomst. Kraken kan men zien als contractsdwang door middel van eigenrichting. Naarmate het voor de eigenaar moeilijker wordt om ontruiming te bewerkstelligen, wordt het element van dwang om te contracteren voor de huiseigenaar steeds sterker, en is de contractsdwang door eigenrichting in feite juridisch gelegitimeerd.

De eigenaar van een gekraakt pand zal, wanneer hij en de krakers niet tot een 'huur'overeenkomst kunnen of willen komen, tot ontruiming

willen overgaan. De mate waarin krakers tegen ontruiming beschermd worden geeft een indicatie over de reikwijdte van het 'woonrecht'. In hun preadvies over 'Gebruik van woonruimte en woonrecht',¹⁷⁰⁾ geschreven op een moment dat kraken in het middelpunt van de belangstelling stond en de aandacht volledig in beslag genomen werd door (het politieke en maatschappelijke debat rond) de Leegstandwet, omschrijven Schutte en Vranken de problematiek in termen van de plicht van de eigenaar tot gebruik van woonruimte.¹⁷¹⁾ Deze gebruiksplicht is naar hun mening niet 'de keerzijde van de erkenning van een woonrecht. Wel is er een 'eerste aanzet' tot een recht op wonen te bespeuren.¹⁷²⁾ Schutte en Vranken constateren in 1981 dat de materiële kwestie van het kraken, 'het in concreto bepalen van de verhouding van een op de eigenaar rustende gebruiksplicht van woonruimte ten behoeve van derden en het (een) woonrecht', weinig aan bod komt in de rechtspraak. De aandacht concentreert zich op het dagvaarden van (on)bekenden en de vraag tegen wie (de reikwijdte van de formule '... met de zijnen ...') een ontruimingsvonnis gevorderd kan worden. In hun overzicht van overwegingen die een rol speelden bij de rechterlijke beslissing tot ontruiming, wat zij noemen de 'echte kraakjurisprudentie',¹⁷³⁾ voorspelden zij voor de Leegstandwet, die voor eigenaren ten opzichte van derden in beginsel een gebruiksplicht oplegt, een sterk normerende werking voor de toekomst.¹⁷⁴⁾ Inmiddels is de Leegstandwet niet in zijn geheel ingevoerd. Daarmee is het door Schutte en Vranken vooronderstelde kader voor beoordeling van (on)rechtmatigheid van kraken weggevallen. Tevens hebben diverse ontwikkelingen er voor gezorgd dat de belangrijke vraag naar de verhouding tussen eigendomsrecht en woonrecht in de jurisprudentie betrekkelijk weinig accent heeft gekregen. Nu sinds het verschijnen van het preadvies meer dan tien jaar zijn verstreken kunnen enkele aanvullende opmerkingen worden gemaakt.

In vergelijking tot 1981, het jaar van het preadvies van Schutte en Vranken, is er opmerkelijk weinig nieuws toegevoegd aan de 'echte' kraakjurisprudentie. Ook toen was het probleem voor de rechtspraak dat bij de belangenafweging tussen belangen van eigenaar en krakers sprake is van een onevenwichtigheid: eigendomsrecht *versus* een niet in

¹⁷⁰⁾ In 1981 verscheen het preadvies 'Gebruik van woonruimte en woonrecht' van Schutte en Vranken, in: J.J.M. de Vries, R.M. Schutte en J.B.M. Vranken, *Eigendom en woonrecht*, preadviezen voor de Algemene Vergadering Koninklijke Notariële Broederschap, Kluwer Deventer 1981. De preadviezen werden besproken door J.Th. Smalbraak, *Eigendom en woonrecht* De preadviezen 1981, *WPNR* 5576 (1981) en G.E. van Maanen in *R&K* 1982, p. 392, in bewerkte vorm opgenomen in G.E. van Maanen, *Eigendomsschijnbewegingen*, *Ars Aequi Libri* Nijmegen 1987.

¹⁷¹⁾ *a.w.*, p. 76 e.v.

¹⁷²⁾ *a.w.*, p. 92-93.

¹⁷³⁾ *a.w.*, p. 108 e.v.

¹⁷⁴⁾ *a.w.*, p. 87.

het rechtssysteem verankerd recht op gebruik.¹⁷⁵⁾ Deze onevenwichtigheid blijft in de latere jurisprudentie een rol spelen. Om een tamelijk recent arrest te citeren:

'Uitgangspunt is dat kraken onrechtmatig is. De vraag is daarom of er redenen zijn de ontruiming niet toe te wijzen.'¹⁷⁶⁾

Redenen om ontruiming af te wijzen worden gezocht in de persoonlijke omstandigheden van de krakers, maar vooral in de bedoelingen van de eigenaar met het pand. Bij het laatste aspect wordt zeer kritisch getoetst of het gestelde in de praktijk haalbaar is.

In de jurisprudentie heeft bij de bepaling van relevante persoonlijke omstandigheden aan de kant van de kraker het criterium van 'noodsituatie' ingang gevonden. Het criterium werd geïntroduceerd in een tussenvonnis van de Rechtbank Middelburg. Het vonnis werd door Schutte en Vranken al geciteerd vanwege de 'liberale' houding ten opzichte van het eigendomsrecht.¹⁷⁷⁾ Uit dat vonnis werd een passage geciteerd waarin de rechtbank stelde dat ook het eigendomsrecht aan beperkingen onderhevig is, en dat er situaties denkbaar zijn waarin het 'gebruik van het eigendomsrecht op zo sociaal onaanvaardbare wijze gebeurt, dat inbreuk maken op het eigendomsrecht, mits dit op sociaal aanvaardbare wijze geschiedt, niet als onrechtmatig handelen bestempeld mag worden.'¹⁷⁸⁾ Het vonnis heeft veel aandacht gekregen, omdat voor het eerst in de rechtspraak over de krakersproblematiek aangegeven werd dat inbreuk op het eigendomsrecht niet *per se* onrechtmatig hoefde te zijn. Uit het vonnis vallen echter nog andere elementen te halen. Met name kan worden gewezen op de volgende passage:

'Alleen in een dergelijk geval, waar de kraker in een voor hem bestaande *noodsituatie voor tijdelijk* gebruik een woning kraakt en voor het overige met de rechten van de eigenaar zoveel mogelijk rekening houdt, kan onder omstandigheden als hiervoor geschetst gezegd worden dat het kraken en *blijven bewonen* van de gekraakte woning niet als onrechtmatig jegens de eigenaar beschouwd moet worden.'¹⁷⁹⁾ (mijn curs., PK)

De rechtbank acht dus in een noodsituatie het blijven bewonen niet onrechtmatig. Wanneer men dit gelijk stelt met huur, is er sprake van contractsdwang: men kan dan tot een tijdelijke 'huur' komen. De rechtbank stelt uitdrukkelijk dat de kraker zich als een goed huurder moet opstellen (opgeven naam, betalen huur), de verkoop niet mag bemoeilijken, en bij verkoop of verhuur aan een derde binnen redelijke termijn moet ontruimen.¹⁸⁰⁾ De rechtbank benadrukt dat bij de uiteindelijke beslissing de individuele factoren van groot belang zijn. Uit het eindvonnis van de gevoegde zaken blijkt dit: de kraakster die met haar kinderen uit een 'Blijf van mijn Lijf'-huis kwam kon in de gekraakte woning blijven, de woningzoekende die een 'klein flatje' had moest de woning binnen een week ontruimen, net als degene die een woning gekraakt had die nog geen zes maanden leeg stond.

Het element van de noodsituatie stond ook centraal in een arrest van het Hof Den Bosch uit 1981.¹⁸¹⁾ In deze zaak werd - ondanks het feit dat eiser duidelijk in een benarde situatie verkeerde - geen noodsituatie aanwezig geacht, waarbij als criterium gold de in het beroep op overmacht, althans noodtoestand, besloten vraag of betrokkene 'in de gegeven omstandigheden niet anders kon handelen dan hij heeft gedaan'.¹⁸²⁾ Duidelijk werd stelling genomen tegen eigenrichting door de woningzoekende; de woningzoekende dient zich tot de instanties te wenden en hun beleid niet te doorkruisen.¹⁸³⁾

Bij de persoonlijke omstandigheden van de kraker valt op dat in de rechtspraak weinig sympathie getoond wordt voor de 'principiële' krakers, de krakers die primair geïntereiseerd zijn in het aan de kaak stellen van woningnood. De rechtspraak stelt voor ontvankelijkheid in de procedure geen strenge eisen aan organisaties die ideële belangen behartigen,¹⁸⁴⁾ maar bij het wegen van het 'woonrecht' van de individuen is slechts de individuele (nood)situatie van belang, en wordt 'princi- pieel' kraken niet gehonoreerd.¹⁸⁵⁾ De plicht om 'huur' te betalen wordt ook serieus genomen, getuige een vonnis van de President van de Rechtbank Amsterdam, die weliswaar een vordering tot ontruiming

¹⁷⁵⁾ In hun preadvies zijn Schutte en Vranken uitgebreid ingegaan op de vraag of er een plicht tot gebruik van woonruimte bestaat, en de invloed van art. 22 Gw. en diverse verdragen (zie p. 83 e.v.) hierbij. Vergelijk over de juridische basis van het recht van krakers ook het preadvies p. 107. Zie over het eigendomsrecht ook Van Maanen, *a.w.* 1987.

¹⁷⁶⁾ Zie Pres. Rb. 's-Gravenhage 19-9-1990, *KG* 1990, 322.

¹⁷⁷⁾ Ook Van Maanen legde het accent op de voor kraken positieve elementen in de vonnissen, zie Van Maanen 1987, *a.w.* p. 146. Vergelijk verder G. van Maanen, Kraken dat mag, *R & K* 1982, p. 219 en A. Schotman, De middelburgse fopspeen herwogen, *R & K* 1982, p. 463 met reactie van Van Maanen, Balanceren op de grens van de rechtsorde, *R & K* 1982, p. 467.

¹⁷⁸⁾ *a.w.*, p. 112. Het vonnis was destijds nog niet gepubliceerd in de *NJ*, maar wel in *Rechtshulp* 1981, p. 44.

¹⁷⁹⁾ Zie Rb. Middelburg 1-10-1980 en 24-12-1980, *NJ* 1981, 374, op p. 1245.

¹⁸⁰⁾ Vergelijk in dezelfde zin Pres. Rb. Alkmaar 9-2-1981, *KG* 1981, 5.

¹⁸¹⁾ Hof 's-Hertogenbosch 11-6-1981, *NJ* 1982, 92 *Stichting Centraal Woningbeheer - Van Hemert*.

¹⁸²⁾ Zie ook Pres. Rb. 's-Gravenhage 19-9-1990, *KG* 1990, 322 waarin ook het 'noodsituatie'criterium wordt gehanteerd.

¹⁸³⁾ Vergelijk ook Pres. Rb. Amsterdam 15-3-1981, *NJ* 1982, 115. Zie ook de administratieve rechtspraak: Vz. Afd. R. RvSt. 16-11-1977, *AB* 1978, 58.

¹⁸⁴⁾ Zo wordt de 'Stichting zonder Recht of Titel' (Zorot) probleemloos tot de procedures toegelaten, zie Pres. Rb. Amsterdam 2-6-1983, *KG* 1983, 191; Pres. Rb. Amsterdam 16-2-1984, *KG* 1984, 75.

¹⁸⁵⁾ Vergelijk Pres. Rb. Amsterdam 2-6-1983, *KG* 1983, 191.

afwijst, maar de gedaagden veroordeelt tot betaling van f 1000,- als voorschot.¹⁸⁶⁾

Behalve naar de positie van de kraker wordt ook kritisch naar de positie van de eigenaar gekeken. In een aantal procedures haalde de eigenaar bakzeil omdat niet gebleken was dat er een voldoende serieuze bedoeling was om het pand voor bewoning te bestemmen. Zo kon bijvoorbeeld een eiser van Italiaanse nationaliteit die geen verblijfsvergunning of woonvergunning had de krakers niet ontruimen, omdat zijn plannen met het pand vaag en ongeloofwaardig waren en de gemeente inmiddels tot aankooponderhandelingen was overgegaan.¹⁸⁷⁾ In een andere procedure vorderde de gemeente ontruiming, zich er op beroepend dat zij de gekraakte woning beschikbaar wilde houden voor calamiteiten. De vordering werd afgewezen, omdat niet duidelijk was gebleken dat een dergelijk besluit door de gemeente was genomen, c.q. dat aan het besluit geen diepgaande overwegingen waren gewijd, en omdat het feitelijk handelen van de gemeente met betrekking tot het pand (volledig dichtspijkeren) ermee in strijd was.¹⁸⁸⁾ In een recente procedure werden krakers, die al tien jaar het pand als woning in gebruik hadden, tot ontruiming veroordeeld, welke echter niet ten uitvoer kon worden gelegd voordat aan de krakers de benodigde bouwvergunning (de koper had blijkbaar gesteld dat hij het pand - dat overigens onder de Monumentenwet viel - wilde verbouwen) was betekend en de datum van de aanvang van de verbouwingswerkzaamheden was aangezegd.¹⁸⁹⁾

4.2.4 De verhuurder

Tot nu toe is slechts gesproken over 'de eigenaar', zonder dit te specificeren. In de praktijk is de positie van de niet-winst beogende verhuurders, met een gezamenlijk woningbezit van 2 miljoen woningen, van belang. Onder niet-winst beogende verhuurders worden hier met name

de woningbouwcorporaties en de gemeenten verstaan.¹⁹⁰⁾ Woningbouwcorporaties vallen onder de term 'toegelaten instellingen'. Toege-laten instellingen zijn door de Kroon als zodanig erkend, hun activiteiten zijn tot in detail geregeld, zij komen in aanmerking voor geldelijke steun, en hebben een wettelijke voorrangspositie waar het gaat om de bouw van woningwetwoningen.¹⁹¹⁾ Zonder in detail te treden over de exacte relatie tussen overheid en woningbouwverenigingen¹⁹²⁾ lijkt het niet overdreven van een zodanige verbondenheid te spreken dat de voor de overheid geldende normen in veel situaties gelijkelijk van toepassing moeten worden geacht.

Bij de toedeling van woningen in de niet-commerciële sfeer is sprake van een samenspel van gemeente en woningbouwvereniging. Met name het vereiste van een woonvergunning zorgt voor afhankelijkheid van de woningbouwvereniging van de gemeente. Voorbijgaand aan de problematiek van de woonvergunning, de problemen rondom bepaling van urgentie, de (on)mogelijkheden en (on)wenselijkheden van een plaatsingsbeleid, wordt in het volgende onderzocht of gemeentelijke woningbedrijven en woningbouwvereniging voor hun woningbestand een plicht tot toewijzing ('plaatsing'), en dus tot verhuur, hebben. Een dergelijke plicht werd aangenomen in *D. - Gem. Utrecht*.¹⁹³⁾ Hoewel de contractsvrijheid, ook voor de gemeente als eigenaar, vooropgesteld werd door de President van de Rechtbank Utrecht, werd toch, gelet op de bijzondere taak van de overheid op het gebied van huisvesting, een plicht tot verhuur aanwezig geacht. In een eerdere zaak had de president in kort geding een vordering tot het sluiten van een huur-overeenkomst nog afgewezen, en veroordeeld tot 'ter beschikking stellen' van een bepaald pand.¹⁹⁴⁾ Een dergelijke plicht kan niet alleen voor de overheid (gemeente) gelden, maar ook voor woningbouwverenigingen. In een arrest van het Hof Den Haag¹⁹⁵⁾ werd in dit verband gewezen op art. 15 van het Besluit toegelaten instellingen,¹⁹⁶⁾ en de monopoliepositie van (het samenwerkingsverband) van de woningbouwverenigingen. Aan het element van een monopolie wordt ook in

¹⁸⁶⁾ Zie Pres. Rb. Amsterdam 25-2-1988, *KG* 1988, 128. Vergelijk ook Pres. Rb. 's-Gravenhage 19-9-1990, *KG* 1990, 322, waarin het verzuim van de krakers tevoren te overleggen over huur hen aangerekend wordt.

¹⁸⁷⁾ Pres. Rb. Amsterdam 8-6-1989, *KG* 1989, 249.

¹⁸⁸⁾ Zie Pres. Rb. Almelo 22-7-1987, *KG* 1987, 367.

¹⁸⁹⁾ Zie Pres. Rb. Amsterdam 19-9-1991, *Woonrecht* 1992, p. 89. Vergelijk ook Pres. Rb. Amsterdam 8-3-1990, *KG* 1990, 185 waarin geoordeeld werd dat het volstrekt onaannemelijk was dat er serieuze verbouwplannen bestonden, zodat de krakers konden blijven zitten. Ook hier was van belang dat er onderhandelingen met de gemeente gaande waren. In Hof Amsterdam 18-8-1988, *KG* 1988, 386 was de eigenaar van een woning er niet in geslaagd een huurder te vinden en moest derhalve de krakers dulden, maar in deze procedure stond vast dat de gemeente het pand zou gaan vorderen. In Pres. Rb. Amsterdam 13-12-1990, *KG* 1991, 18 werd sloop en nieuwbouw geaccepteerd omdat het realiseren van jongerenhuisvesting in het pand te duur was.

¹⁹⁰⁾ Zie voor deze indeling en voor getallen Adriaansens en Fortgens, *a.w.*, p. 215 e.v., vergelijk ook E.E. de Wijkerslooth-Vinke, *Woonruimte en huurbescherming*, Tjeenk Willink Zwolle 1984, p. 4 e.v.

¹⁹¹⁾ Zie over de 'toegelaten instellingen' Adriaansens en Fortgens, *a.w.*, p. 59-61, 216-217.

¹⁹²⁾ Vergelijk in dit verband *Toezicht op woningcorporaties*, VNG-uitgeverij 's-Gravenhage 1990 en het in de *Ontwerp Nota Volkshuisvesting in de jaren Negentig* van het ministerie van VROM, SDU 's-Gravenhage 1988, p. 72-73 aangekondigde streven naar verzelfstandiging.

¹⁹³⁾ Pres. Rb. Utrecht 18-6-1991, *NJ* 1992, 370 (*KG* 1991, 255) (*PrG* 1991, 3497).

¹⁹⁴⁾ Pres. Rb. Utrecht 13-4-1989, *KG* 1989, 185.

¹⁹⁵⁾ Hof 's-Gravenhage 28-3-1985, *NJ* 1986, 282. Vergelijk echter Hof 's-Gravenhage, 26-3-1981, *NJ* 1982, 586.

¹⁹⁶⁾ 'de toegelaten instelling verhuurt haar woningen mede aan personen, behorende tot die groepen van de bevolking, die moeilijkheden ondervinden bij het vinden van hen passende woonruimte.'

andere uitspraken zeer veel belang gehecht.¹⁹⁷⁾ In een uitspraak van het Hof Arnhem is de formulering van de plicht nog wat voorzichtig. Gesteld wordt dat de maatschappelijke verantwoordelijkheid van een woningbouwvereniging extra zorgvuldigheid en daardoor beperkingen met zich brengt, zodat zich gevallen kunnen voordoen waarin de weigering aan een woningzoekende een woning te verschaffen onrechtmatig is.¹⁹⁸⁾ Deze overwegingen leidden in casu echter voor de woningzoekende niet tot een toewijzing van de vordering. Op de - ondanks de 'plicht' tot toewijzing - mogelijke weigeringsgronden wordt in § 4.2.5 nader ingegaan. Gewezen kan ook worden op een vonnis van de President van de Rechtbank Almelo,¹⁹⁹⁾ waarin gesproken wordt over de verantwoordelijkheid die woningstichtingen dragen voor de huisvesting van mensen die moeilijk aan een woning komen, en een plicht tot plaatsing wordt opgelegd, aangezien betrokkene verkeert in een situatie die 'maatschappelijk niet aanvaardbaar' is. De jurisprudentie terzake van het bestaan van een plicht is niet eenduidig, volledigheidshalve moet hier worden gewezen op de door de Rechtbank Zwolle gehanteerde vergelijking met een natuurlijke verbintenis.²⁰⁰⁾ Ten slotte moet nog vermeld worden dat de Hoge Raad in het arrest *Pool - Woningbouwvereniging St. Joseph* weliswaar benadrukt dat aan het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting geen concrete aanspraken ontleend kunnen worden, maar hieraan toevoegt dat andere gronden voor een plicht van een woningbouwvereniging, met name de feitelijke monopoliepositie, in cassatie niet aan de orde zijn geweest, aangezien op andere publiekrechtelijke voorschriften of beginselen in de feitelijke instanties geen beroep is gedaan, zodat het hof zich dienaangaande niet behoefde uit te spreken.²⁰¹⁾ De vraag is aan welke publiekrechtelijke voorschriften of beginselen een woningbouwvereniging gebonden kan worden geacht.

Toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het handelen van de woningbouwvereniging *bij de toewijzing*²⁰²⁾ verdient

¹⁹⁷⁾ Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Groningen 25-3-1992, *KG* 1992, 221, Pres. Rb. Utrecht 13-4-1989, *KG* 1989, 185, vergelijk ook Hof Arnhem 21-1-1985, *NJ* 1986, 447, zie Pres. Rb. Dordrecht 7-6-1984, *KG* 1984, 195.

¹⁹⁸⁾ Hof Arnhem 11-2-1985, *NJ* 1986, 446 (zie lagere instantie Pres. Rb. Zwolle 6-4-1984, *KG* 1984, 176 waarin duidelijk gesproken wordt over beperking van de contractsvrijheid). Vergelijk ook, niet helemaal duidelijk, Pres. Rb. Zwolle 2-12-1988, *KG* 1989, 19.

¹⁹⁹⁾ Pres. Rb. Almelo 6-7-1989, *Woonrecht* 1989, nr. 97.

²⁰⁰⁾ Pres. Rb. Zwolle 27-3-1985, *KG* 1985, 124, vergelijk ook dezelfde overweging in Pres. Rb. Zwolle 2-12-1988, *KG* 1989, 19.

²⁰¹⁾ HR 11-1-1991, *RvdW* 1991, 29 (onder 3.4.1) Technisch gesproken ging het om een inschrijving als woningzoekende, maar in het arrest wordt daar gelet op de feiten geen gewicht aan toegekend (onder 3.3.1).

²⁰²⁾ De vraag welke normen op het handelen van woningbouwverenigingen van toepassing zijn speelt uiteraard ook op andere terreinen dan toewijzing; een bespreking van jurisprudentie op andere terreinen zou hier te ver voeren.

hier aandacht. Men verkeert hier duidelijk op de grens tussen publiek- en privaatrecht. Tot een toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur lijkt Tazelaar te komen, die, uitgaande van de contractsvrijheid van de woningbouwvereniging, stelt dat deze beperkt wordt door het gelijkheidsbeginsel, verbod van willekeur, en de motiveringsplicht.²⁰³⁾ Met name zijn conclusie ten aanzien van willekeur en redelijkheid spreekt aan:

'Een weigering van een huurcontract door de verhuurder is onrechtmatig, indien die weigering kennelijk onredelijk is in het licht van de in het geding zijnde belangen van partijen, te weten de aspirant-huurder, van de zittende bewoners en van de verhuurder zelf.'²⁰⁴⁾

Bovenstaande leidt logischerwijs tot de vraag welke eisen gesteld mogen worden aan de beslissingen van commerciële verhuurders. Uitgaande van een (mede gelet op de Grondwet) abstract 'woonrecht' zou men zich een redelijkheidstoets kunnen voorstellen. Hierbij zou men de grootte van de verhuurder in acht kunnen nemen: hoe groter het huizenbezit van de verhuurder, des te kleiner de 'persoonlijke' (voor zover deze term hier al gebruikt kan worden) inbreng van deze verhuurder bij plaatsing hoeft te zijn. Men kan derhalve eisen dat kandidaten die op grond van objectief-verdedigbare eisen in aanmerking komen ook daadwerkelijk het vooruitzicht hebben geplaatst te worden. Een goede algemene informatie aan aspirant-huurders en een motivering van beslissingen omtrent plaatsing zijn hierbij vereisten.²⁰⁵⁾

4.2.5 Criteria bij toewijzing: kredietwaardigheid en huurachterstand

In het voorgaande is de toewijzing van woonruimte bekeken vanuit het (grond)recht op wonen. De keerzijde van de medaille moet echter ook worden belicht. Niet iedere huurder toont zich in zijn woongedrag even voorbeeldig. Verhuurders kunnen criteria opstellen waaraan aspirant-huurders moeten voldoen, het is alleen de vraag welke criteria maatschappelijk gezien acceptabel zijn.²⁰⁶⁾ Zoals al eerder in § 2.6 is gesteld, valt discriminatie naar ras/land van herkomst buiten het bestek van dit preadvies.

Kredietwaardigheid is een factor die elke verhuurder, ook de overheid, in overweging zal willen nemen bij een beslissing over nieuwe verhuur.

²⁰³⁾ C.A. Tazelaar, Selectief woningstoeuwijzingsbeleid: woningzoekende buitenspel, *NJB* 1991, p. 1582. Tazelaar noemt als beperking tevens de precontractuele trouw, zie p. 1585.

²⁰⁴⁾ *a.w.*, p. 1585.

²⁰⁵⁾ Zie in dezelfde zin voor de woningbouwverenigingen Tazelaar, *a.w.*, p. 1585.

²⁰⁶⁾ Vergelijk het door Tazelaar beschreven verschil dat door de Nationale Woningraad (NWR) gemaakt wordt tussen individueel en collectief moeilijk plaatsbaren. Onder de categorie van de individueel moeilijk plaatsbaren vallen de notoire wanbetalers en overlastveroorzakers. Zie *a.w.*, p. 1583.

Een slechte kredietwaardigheid komt bij verhuur met name tot uiting in huurachterstand. De vraag is in hoeverre verhuurders, en met name de niet-commerciële (sociale) verhuurders, daar rekening mee mogen houden bij de toewijzing van een woning. Het kan daarbij gaan om schulden die in het verleden bij dezelfde verhuurder zijn gemaakt, of schulden bij een andere verhuurder.

In een recent vonnis van de Rechtbank Groningen²⁰⁷⁾ werd het lopen van financiële risico's voorop gesteld:

'Naar voorlopig oordeel behoort (juist) het verstrekken van woningen aan huurders die voor wat betreft hun financiële positie risico's voor de verhuurder met zich kunnen brengen tot het takenpakket van een "toegelaten instelling". Deze instellingen ontvangen om die reden subsidies van overheidswege en dienen zich derhalve ook minder "hard" dan commerciële verhuurders jegens toekomstige huurders op te stellen.'²⁰⁸⁾

Een en ander betekent niet dat kandidaten altijd geaccepteerd hoeven te worden.²⁰⁹⁾ In het vonnis worden omstandigheden genoemd die bij de concrete beoordeling van belang zijn, zoals de bereidheid om voor de huurschuld een betalingsregeling aan te gaan²¹⁰⁾ en het al dan niet hebben van andere schulden. In de rechtspraak worden ook mogelijkheden genoemd om bij gegronde vrees voor achterstand in huurbetalingen of beschadiging een garantie of waarborgsom te vragen.²¹¹⁾

De vraag is in hoeverre een niet-winst beogende verhuurder een kandidaat mag weigeren wegens een schuld bij een andere verhuurder. Het boven geciteerde vonnis van de Rechtbank Groningen ging over een dergelijke situatie. De kwestie kwam ook aan de orde in de zaak *Woningbouwvereniging Lelystad - X*.²¹²⁾ Een potentiële huurder was geweigerd vanwege een huurachterstand (die uiteindelijk tot ontruiming geleid had) bij een andere woningbouwvereniging. De twee woningbouwverenigingen in Lelystad, die vrijwel alle huurwoningen in de gemiddelde en lagere prijsklasse in beheer hadden, een monopolie derhalve, hadden onderling de afspraak gemaakt over en weer geen huurders te accepteren met een huurachterstand. Naar het oordeel van het Hof Arnhem, is er in het algemeen geen verplichting een huurder met huurachterstand een woning aan te bieden. Hieraan wordt echter toegevoegd dat de maatschappelijke verantwoordelijkheid die een woning-

bouwvereniging heeft wel extra zorgvuldigheid en daardoor beperkingen met zich mee brengt: 'er kunnen zich gevallen voordoen waarin de weigering aan een woningzoekende een woning te verschaffen onrechtmatig is.' De belangen dienen van geval tot geval te worden afgewogen, waarbij ook de omstandigheden die tot de huurachterstand leidden van belang zijn. In casu werd gewicht gehecht aan het feit dat al diverse malen een betalingsregeling was getroffen, die echter steeds niet werd nagekomen.

Meer algemeen kan men stellen dat het gedrag van potentiële huurders van belang is voor de verhuurder. Vergelijk de situatie die ten grondslag lag aan een vonnis van de President van de Rechtbank Zwolle: betrokkenen hebben in een kraakwoning voor ruim f 5000,- schade aangericht, en blijkens verklaringen van omwonenden hadden zij ernstige overlast aangericht. De rechtbank besloot dat dit voldoende reden was om te weigeren met betrokkenen een huurovereenkomst aan te gaan.²¹³⁾

4.2.6 Botsende (grond)rechten: overlast

Dit brengt ons tot het punt van de overlast die een huurder kan veroorzaken. Deze overlast treft niet in de eerste plaats de verhuurder, maar de omwonenden. Burenruzies kunnen enorm uit de hand lopen, en soms worden de juridische middelen niet geschuwd. In deze situaties wordt van de rechters veel wijsheid verlangd. De vraag is wat een rechter bijvoorbeeld aanmoet met een situatie van huurders van een boven- en een benedenwoning die elkaar het leven lastig maken en in kort geding wederzijds ontruiming vorderen. De president in kort geding die over deze vraag moest oordelen merkte terecht op:

'Uit hetgeen partijen over en weer hebben betoogd is overduidelijk dat zij zich in een conflictsituatie bevinden, die zij zelf niet meer tot een oplossing kunnen brengen. Ten onrechte menen zij echter dat dit geding hun een uitweg uit de ontstane problemen kan bieden. Een gedwongen ontruiming is immers een zeer verstrekkende maatregel. Daartoe kan alleen worden overgegaan in die situaties waarin, ook los van de persoonlijke belevingswereld van de betrokkenen, sprake is van ontoelaatbare overlast.'²¹⁴⁾

Buren, of ruimer genomen: omwonenden, kunnen in hun woongenot gestoord worden. De overlast kan dusdanig ernstige vormen aannemen dat er sprake is van een inbreuk op het 'woonrecht', het recht op goede huisvesting, van de omwonenden. Bij ontoelaatbare overlast gaat het al niet meer om simpele burenruzies, maar om intimidatie, geweld-

²⁰⁷⁾ Pres. Rb. Groningen 25-3-1992, *KG* 1992, 221.

²⁰⁸⁾ Zie ook Pres. Rb. Almelo 6-7-1989, *Woonrecht* 1989, nr. 97.

²⁰⁹⁾ Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 17-12-1990, *KGK* 1991, 1214.

²¹⁰⁾ Vergelijk ook Hof Arnhem 21-1-1985, *NJ* 1986, 447.

²¹¹⁾ Hof 's-Gravenhage 28-3-1985, *NJ* 1986, 282.

²¹²⁾ Hof Arnhem 11-2-1985, *NJ* 1986, 446. Zie ook het vonnis waarvan beroep werd ingesteld in *KG* 1984, 176. De woningbouwvereniging had het moeilijk met betrokkene, vergelijk het vonnis over het verzoek op voorhand een algemene machtiging tot ontruiming af te geven, Pres. Rb. Zwolle 16-3-1984, *KG* 1984, 108.

²¹³⁾ Zie Pres. Rb. Zwolle 20-5-1986, *KG* 1986, 301 overwegingen op p. 526.

²¹⁴⁾ Zie Pres. Rb. Amsterdam 21-11-1991, *KG* 1992, 13. Vergelijk in dezelfde zin het vonnis over de trompetspelende zoon Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10-10-1991, *KG* 1991, 363.

pleging, etc.²¹⁵⁾ Het is hier niet de bedoeling de jurisprudentie inzake overlast te analyseren. Relevant is de vraag in hoeverre de belangen van derden meegewogen moeten worden bij een beslissing over toewijzing.²¹⁶⁾ Hier botsen immers niet alleen de belangen van verhuurder en huurder, maar ook het 'woonrecht' van burgers: botsende (grond)rechten. Daarmee zijn wij weer teruggekeerd naar art. 22 Gw. Bij de niet-commerciële verhuurders hebben deze vragen een eigen dimensie.

Het aspect van de verantwoordelijkheid jegens andere huurders werd meegewogen door de President van de Rechtbank Utrecht,²¹⁷⁾ die echter stelde dat niet bij voorbaat aannemelijk was dat eiseres opnieuw overlast zou veroorzaken, en dat bij de te sluiten overeenkomst bijzondere voorwaarden aangaande het veroorzaken van overlast opgenomen konden worden. De President van de Rechtbank Almelo²¹⁸⁾ erkende de verantwoordelijkheid van de woningstichting ten opzichte van andere huurders. Derhalve werd de stichting enkele maanden de tijd gegund om woonruimte te vinden voor het betrokken gezin, dat als 'problematisch' omschreven werd. De stichting wordt dan ook geen beperking opgelegd ten aanzien van de wijk waarin het gezin geplaatst kan worden, ondanks een verzoek van betrokkene om niet geplaatst te worden in een wijk die zij als 'bedreigend' ervaart. In een zaak voor de Rechtbank Zwolle woog het belang van de buurt het zwaarst. Verschillende (schoon)familieleden van betrokkene hadden uiteenlopende geweldsdelicten gepleegd, gericht tegen personen die in de buurt woonden waarin betrokkene gehuisvest wenste te worden.²¹⁹⁾ De belangen van derden worden dus duidelijk meegewogen. Hoe een geval opgelost dient te worden laat zich slechts op grond van een weging van de concrete omstandigheden beoordelen.

4.2.7 Tot slot

Contractsdwang in het woonrecht²²⁰⁾ is formeel niet erkend. Er zijn echter duidelijk tendensen aan te wijzen, die blijk geven van een zeke-

²¹⁵⁾ Zie - met nog vele andere voorbeelden aan te vullen - Pres. Rb. Dordrecht 7-6-1984, *KG* 1984, 195 (druggebruik), Pres. Rb. Zwolle 12-12-1988, *KG* 1989, 19 (bekladden schutting met discriminerende woorden, mishandelen van de hond, schriftelijke bedreigingen/beledigingen), Pres. Rb. Zwolle 10-8-1990, *KG* 1990, 292 (geweldgebruik in de wijk door familie van betrokkene, zie *infra*).

²¹⁶⁾ Vergelijk de rechtspraak waarin is erkend dat wanneer een huurder overlast bezorgt aan andere huurders de verhuurder onder omstandigheden de plicht heeft juridische stappen (ontbinding van de huurovereenkomst) te ondernemen. Zie hierover Asser-Abas 5 II 1990, nr. 37; Croes, *a.w.*, p. 29-30. Zie ook HR 5-10-1990, *NJ* 1991, 295.

²¹⁷⁾ Pres. Rb. Utrecht 18-6-1991, *NJ* 1992, 370 (*KG* 1991, 255) (*Prg.* 1991, 3497).

²¹⁸⁾ Pres. Rb. Almelo 6-7-1989, *Woonrecht* 1989, nr. 97.

²¹⁹⁾ Pres. Rb. Zwolle 10-8-1990, *KG* 1990, 292.

²²⁰⁾ Mogelijkerwijs zou men een aantal vormen van 'dwang' in het woon(huur)recht ook als contractsdwang kunnen zien. Te denken valt bijvoorbeeld aan wettelijke medehuur en coöptatie. Het lijkt mij zinnvoller deze figuren te benaderen als een vorm van contractsovername.

re erkenning van aanspraken van woningzoekenden. De bescherming - onder omstandigheden - van krakers valt hiertoe te rekenen. Wellicht nog duidelijker is dit bij de aanspraken die men jegens de sociale verhuurders kan doen gelden. Er is een zeker recht op plaatsing. Bij aanspraken jegens deze verhuurders mogen zij echter wel bepaalde eisen stellen op het vlak van financiële betrouwbaarheid, en zij mogen een woongedrag eisen waarbij geen inbreuk gemaakt wordt op het woonrecht van de omwonenden.

4.3 Levering van energie en water door nutsbedrijven

4.3.1 Inleiding

Contractsdwang voor een nutsbedrijf betekent de verplichting om met een verbruiker op diens verzoek een overeenkomst tot levering aan te gaan. De vraag naar de plicht van nutsbedrijven tot levering wordt door maatschappelijke verschijnselen soms plotseling actueel. Te wijzen valt op eigenaren van een gekraakt pand, die naar het machtsmiddel van het (laten) afsluiten van gas, elektriciteit en water grijpen in de hoop daarmee de krakers het leven zodanig onaangenaam te maken dat zij uit zichzelf ontruimen, op het niet betalen van (delen) van de rekening als een vorm van sociaal protest, en op de hoge prijzen en de moeilijke financiële positie van velen in de jaren '80, waardoor betalingsachterstanden ontstonden, die tot afsluiting leidden. De problematiek van de plicht tot levering bestond echter natuurlijk al voordat deze verschijnselen de gemoederen in Nederland bezighielden.²²¹⁾

In de Grondwet vindt men geen artikel waarin een recht op levering van energie en water geformuleerd is. Men zou, in een extensieve interpretatie, aansluiting kunnen zoeken bij het grondwetsartikel over huisvesting. Ook zonder een expliciet grondwetsartikel is echter duidelijk dat het gaat om zeer belangrijke diensten, zowel voor natuurlijke personen als voor bedrijven. In hetgeen volgt worden wetgeving (§ 4.3.2) en de door de nutsbedrijven gehanteerde standaardvoorwaarden (§ 4.3.3) eerst kort besproken. Dat voor nutsbedrijven een plicht tot levering geldt is algemeen erkend, er is derhalve sprake van contractsdwang (§ 4.3.4). De verplichtingen van de nutsbedrijven worden nader bekeken, waarbij vooral ter sprake komt onder welke omstandigheden

²²¹⁾ Zie onder meer de door W. Haasdijk, Elektriciteits- en gasbedrijven, *AA* 1980, p. 626 op p. 633 noot 36 gememoreerde discussie over wanneer de overheid levering mag weigeren.

niet geleverd hoeft te worden.²²²⁾ Eerst wordt gesproken over de plicht tot aansluiting c.q. gaan leveren (§ 4.3.5). Vervolgens wordt gesproken over de omstandigheden waaronder een nutsbedrijf levering mag staken (§ 4.3.6). In de laatste paragraaf wordt gekeken naar de relatie tussen de door de nutsbedrijven gehanteerde standaardvoorwaarden en de algemene regels van het verbintenissenrecht.

4.3.2 Wetgeving

Gelet op het maatschappelijk belang van de energie- en watervoorziening is er op dit gebied verbazingwekkend weinig wetgeving tot stand gekomen.²²³⁾ Genoemd kunnen worden de Waterleidingwet, de Elektriciteitswet en een ontwerp-Energiedistributiewet.²²⁴⁾ Deze wetten hebben voornamelijk een regulering van (de structuur van) de bedrijfstak tot doel; de relatie tot de consument wordt, behalve in de Elektriciteitswet 1989, niet geregeld.

Een wettelijke regeling voor de produktie en distributie van gas (een 'Gaswet') ontbreekt in Nederland. Wel is er een ontwerp-Energiedistributiewet, die echter hier niet relevant is.

Op het terrein van de watervoorziening is er de Waterleidingwet, die in procedures voor de (re)organisatie van de openbare drinkwatervoorziening voorziet. In art. 4 wordt bepaald dat de eigenaar van een waterleidingbedrijf is gehouden zorg te dragen dat de levering van deugdelijk drinkwater aan verbruikers gewaarborgd is. Impliciet zou men een verplichting tot levering hierop kunnen baseren, waarbij men ook het wettelijk monopolie van de waterleidingbedrijven, zie art. 23 van de wet, in de beschouwing kan betrekken, maar men krijgt toch niet de indruk dat beoogd is in de wet de rechten van burgers op levering vast te leggen.²²⁵⁾

De Elektriciteitswet 1989 regelt ook een soort van planning van de elektriciteitsproduktie- en voorziening.²²⁶⁾ Deze wet bevat wel een bepaling die rechtstreeks van belang is voor de relatie met de eindverbruiker:

ker: in art. 12 lid 3 staat uitdrukkelijk vermeld dat een ieder recht heeft op levering van elektriciteit:

'Een ieder heeft, ongeacht enig anders luidend beding, recht op levering van elektriciteit ... tegenover degenen, die binnen het gebied, waar hij die levering ... verlangt, in het kader van de openbare voorziening elektriciteit levert aan verbruikers.'

4.3.3 Standaardvoorwaarden ('AV')

Voor de relatie met verbruikers (consumenten) zijn de door de leveranciers gehanteerde standaardvoorwaarden belangrijker dan wetgeving. De standaardvoorwaarden voor de levering van elektriciteit, gas, of water zijn in overleg tussen consumentenorganisaties, bedrijfsleven, de overheid, en verenigingen van nutsbedrijven tot stand gekomen. De voorwaarden wijken onderling nauwelijks af, zodat in het nu volgende telkens over 'de voorwaarden' in algemene zin kan worden gesproken,²²⁷⁾ ook afgekort als 'AV'. Enkele jaren geleden is overeenstemming bereikt over een nieuw model.²²⁸⁾ In de nieuwe voorwaarden zijn een aantal kwesties, die in het verleden aanleiding gegeven hebben tot procedures, geregeld.

In de AV is niet een algemene plicht tot aansluiting of levering geformuleerd. Wel zijn gronden voor weigering of onderbreking van levering opgenomen. Belangrijkste grond is vanzelfsprekend niet-betaling of niet nakomen van een betalingsregeling. Opzegging door het bedrijf dient schriftelijk te geschieden en is slechts mogelijk 'in geval van zwaarwichtige belangen' en met inachtneming van een opzegtermijn van minimaal 90 dagen.²²⁹⁾

In de laatste paragraaf, § 4.3.7, wordt kort op de problematiek van de verhouding tussen de AV en het algemeen verbintenissenrecht ingegaan.

4.3.4 Contractsdwang: plicht tot levering

Contractsdwang voor een nutsbedrijf betekent de verplichting om met een verbruiker op diens verzoek een overeenkomst tot levering aan te gaan. Een plicht tot levering is, ook al kan men van mening verschillen over de juridische constructie, algemeen erkend.²³⁰⁾ In zijn annotatie bij *Barendregt - Elektriciteitsbedrijf Delfland*²³¹⁾ stelt Spier over de leveringsverplichting:

²²⁷⁾ De thans geldende voorwaarden van gas/elektriciteit enerzijds en water anderzijds wijken in nummering enigszins af, in het nu volgende wordt telkens naar de nummering van de AV voor gas/elektriciteit gerefereerd.

²²⁸⁾ Zie TvC 1990, p. 85, en NJB 1990, p. 80.

²²⁹⁾ In de praktijk zal opzegging door het bedrijf steeds ontbinding betekenen.

²³⁰⁾ Over de leveringsplicht zie literatuur vermeld in *Onrechtmatige daad VII* (Polak) nr. 280; *Contractenrecht VIII* nr. 25 (Spier); *Verbintenissenrecht II* (Spier) aant. 42.

²³¹⁾ Pres. Rb. 's-Gravenhage 22-8-1980, Prg. 1981, 1548 (nt Spier).

²²²⁾ Voor uitvoerige bespreking van jurisprudentie kan ook worden verwezen naar diverse artikelen/rechtspraakrubrieken, met name de in het tijdschrift *Rechtshulp* gepubliceerde uitspraken, van commentaar voorzien door Stutterheim. Vergelijk ook de losbladige uitgaven *Onrechtmatige daad VII* Onrechtmatige overheidsdaad (Polak) met name nrs. 280-281; *Contractenrecht VIII* Overeenkomsten met overheidslichamen (Spier) met name nrs. 14, 22, 25, 114a; *Verbintenissenrecht II* Overeenkomsten met overheidslichamen (Spier) aant. 4, 18, 39-42, 300.

²²³⁾ Zie verschillende bijdragen in H.G. de Maar (red.) *Energie-recht*, Samson Alphen a/d Rijn 1987 en M.M. Roggenkamp, *Netherlands oil and gas law*, Chancery Londen 1991, met name hoofdstuk 12.

²²⁴⁾ TK 1990-1991, 22 160.

²²⁵⁾ Vergelijk ook literatuur in *Contractenrecht VIII* (Spier) nr. 25 en *Verbintenissenrecht II* (Spier) aant. 42, waar ook bespreking van HR 22-6-1973, NJ 1973, 386 (ARB), AB 1973, 187 (vdH), AA 1973, p. 457 (Van der Burg/Cartigny) (fluoriderings-arrest).

²²⁶⁾ Wet van 16 november 1989, *Stb.* 535. Zie voor een historisch overzicht de inleiding in *S & J* nr. 125.

'Het is ten enen male onaanvaardbaar dat een overheidslichaam dat monopolist is op het gebied van primaire levensbehoeften particulariseren daarvan kan versteken, anders dan o.g.v. uiterst klemmende redenen.'²³²⁾

Uit dit citaat blijken duidelijk de redenen om contractsdwang aan te nemen: de monopoliepositie en het feit dat het om primaire behoeften gaat. Gegeven deze plicht tot levering, gaat de belangstelling eerder uit naar de vraag onder welke omstandigheden de leverancier *niet* gehouden is te leveren. De vraag rijst of het nuttig is daarbij een onderscheid te maken tussen de plicht om te gaan leveren en de plicht te blijven leveren.

Een argument om een onderscheid te maken is dat de wederzijdse verplichtingen bij 'gaan leveren' anders liggen dan bij 'blijven leveren', omdat bij 'gaan leveren' nog geen contractuele relatie is ontstaan. Hier lijkt sprake van een *petitio principii*. Indien namelijk aangenomen wordt dat de levering van energie en water een situatie is waarin toepassing van contractsdwang gepast is, dan valt juist dit verschil weg.²³³⁾ Dit in gedachten houdend wordt echter eerst kort gesproken over de plicht om te 'gaan leveren' en vervolgens meer uitgebreid over de plicht om te 'blijven leveren'.

4.3.5 Plicht tot aansluiting c.q. gaan leveren

In het dagelijks taalgebruik heeft men het over 'aansluiten' in plaats van 'gaan leveren'. Technisch gezien is hier echter een onderscheid. Men kan aansluiten omschrijven als het verzorgen van de benodigde infrastructuur, het verrichten van de handelingen die nodig zijn om levering technisch mogelijk te maken.²³⁴⁾ Bij het onderscheid tussen 'aansluiten' en 'gaan leveren' kan men aantekenen dat bij de beslissing om een aansluiting te verzorgen andere overwegingen een rol spelen dan bij levering. Met name spelen algemene economische overwegingen: aansluiting moet rendabel zijn.²³⁵⁾ Dit wordt hier, als een zeer feitelijke kwestie, niet verder uitgewerkt.

Naast de rendabiliteit van de aansluiting speelt ook de persoon van

degeene die van de aansluiting gebruik gaat maken een rol. Financiële problemen aan de kant van de afnemers kunnen voor de leverancier tot moeilijk te innen vorderingen op die afnemers leiden.²³⁶⁾ Het is derhalve de vraag of een nutsbedrijf *vooraf* aansluiting/levering kan weigeren vanwege de geringe kredietwaardigheid van de afnemer, en hoever zij mag gaan in haar onderzoek hiernaar.²³⁷⁾ In de overweging speelt telkens mee dat - hoe zeer ook de leverancier een privaatrechtelijk rechtspersoon is - 'publieke' aspecten aan de orde zijn. Het gaat om een eerste levensbehoefte van de burger.²³⁸⁾

In de huidige AV is vermeld dat aansluiting geweigerd kan worden wanneer de aanvrager nog een oude schuld heeft bij het bedrijf. Deze weigeringsgrond geldt ook voor het aangaan van de leveringsovereenkomst.²³⁹⁾

De vraag is of in speciale gevallen de leverancier nadere voorwaarden voor levering mag stellen. Te denken valt bijvoorbeeld aan het vaststellen van speciale waarborgsommen. In de algemene voorwaarden is een artikel gewijd aan de financiële zekerheid die de leverancier van de gebruiker mag eisen. Het gaat in art. 17 AV om borgstelling, vooruitbetaling en waarborgsom. In het artikel staat dat vooruitbetaling slechts geëist kan worden bij aansluiting, *a contrario* volgt hieruit dat ten aanzien van levering geen vooruitbetaling gevraagd kan worden, hetgeen in de toelichting ook wordt vermeld. Wel kan voor de levering een borgstelling/bankgarantie of waarborgsom worden verlangd. De waarborgsom is gemaximeerd tot het verbruik over een periode van zes maanden; voor de hoogte van borgstelling of bankgarantie wordt geen criterium genoemd.

²³⁶⁾ De problematiek wordt fraai geschetst in de conclusie van A-G Haak bij *Veluwe Nutsbedrijven N.V. - Blokland*, HR 20-3-1981, NJ 1981, 640 (CJHB) en AB 1981, 337 (JRSI), NJ op p. 2101-2102.

²³⁷⁾ Mogen alle eerdere situaties van niet-betaling in de afweging betrokken worden, of mag alleen worden gekeken naar betaalgedrag op bepaalde terreinen (is bijvoorbeeld een schuld aan een postorderbedrijf minder relevant dan betaling wegens belasting; is een schuld aan een ander nutsbedrijf relevant? Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Zutphen 28-11-1985, KG 1986, 9 waarin de rechtbank in feite het nutsbedrijf de suggestie aan de hand doet om in haar aanvraagformulier te informeren naar schulden wegens levering op andere adressen.

²³⁸⁾ Een vraag die hier telkens een rol kan spelen is of men bij de afnemers geen onderscheid moet maken tussen natuurlijke personen en rechtspersonen, vergelijk ook de bespreking infra in § 4.3.7 van het arrest *Veluwe Nutsbedrijven N.V. - Blokland* HR 20-3-1981, NJ 1981, 640 (CJHB) en AB 1981, 337 (JRSI).

²³⁹⁾ Zie art. 2 lid 4 sub f (aansluiting), art. 7 lid 2 (aangaan leveringsovereenkomst) en art. 10 lid 1 sub c (onderbreking van levering). De formulering van art. 2 lid 4 sub f is gelijk aan het hierna nog te bespreken art. 10 lid 1 sub c. Verschil is wel dat art. 2 een niet-limitatieve opsomming kent. Verdedigbaar lijkt dat, gelet op de samenhang tussen de artt. 2 en 10 op dit punt, art. 2 lid 4 sub f uitputtende gronden geeft voor weigering wegens financiële onbetrouwbaarheid. Voor het verschil in formulering tussen de huidige AV en de AV 1979 zie § 4.3.6. Vóór de AV 1979 werden opgesteld plachten nutsbedrijven een opschortingsrecht te bedingen bij schuld aan een ander nutsbedrijf, vergelijk GON klachtnummer ON 83.112, gepubliceerd TvC 1985, p. 187 op p. 194.

²³²⁾ Zie in dezelfde zin Pres. Rb. Middelburg 1-11-1984, KG 1984, 360. Spier voegt aan het geciteerde nog, geheel in de lijn van de gedachten in zijn proefschrift, het volgende toe: 'Het is bovendien in strijd met de door de overheid te betrachten gelijkheid van burgers: het (zonder goede grond) met de een wel, en de ander niet contracteren staat haar reeds in het algemeen niet vrij, laat staan op een zo wezenlijk terrein als het onderhavige.' *Prg.* 1981, 1548, p. 78.

²³³⁾ Anders Stutterheim, die in 'De kwaliteit van de algemene voorwaarden en de rechtspraak inzake afsluitingen van energie' (*Rechtshulp* 1986/4 p. 5 en 1986/5 p. 15) over het verschil tussen aansluiten en opschorten van levering stelt: 'Beide leerstukken - contractsvrijheid en opschortingsbevoegdheid - staan geheel los van elkaar.' (p. 9).

²³⁴⁾ Zie ook het onderscheid gemaakt in de AV.

²³⁵⁾ De AV kennen geen algemene verplichting tot aansluiting. In art. 2 lid 4 houdt het bedrijf zich de bevoegdheid voor om niet aan te sluiten. De - niet-limitatieve - gronden hebben grotendeels een economische achtergrond.

In een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 7 mei 1990²⁴⁰⁾ moest het Hof oordelen over het vragen van een waarborgsom aan een kraker. Opvallend is dat in de overwegingen eerst algemeen gesteld wordt dat het bedrijf negatieve ervaringen had met bewoners van kraakpanden die schade toebrengen door wanbetaling en/of vernieling,²⁴¹⁾ en dat 'bovendien' vast stond dat deze kraker voordien in andere kraakpanden schade had veroorzaakt. Het vragen van een waarborgsom werd niet gezien als misbruik van bevoegdheid; wel werd het bedrag van de waarborgsom teruggeschroefd. Het Hof overwoog dat de levering niet afhankelijk mag worden gesteld van een waarborgsom van zodanige omvang dat deze in feite door de aanvrager(s) niet kan worden opgebracht. Gelet op de omstandigheden, de monopoliepositie van het bedrijf en het feit dat het om elementaire levensbehoeften gaat werd het bedrag tot de helft teruggebracht. Het Hof merkte op dat het energiebedrijf hierdoor 'voldoende zekerheid' had.²⁴²⁾

Behalve financiële aspecten, zoals hierboven geschetst,²⁴³⁾ zijn in de jurisprudentie de grenzen van de plicht tot aansluiten c.q. gaan leveren op andere terreinen beproefd: het gaat daarbij om de invloed van *andere* publieke taken en belangen op de beslissing tot aansluiting/levering. Met name kan kort genoemd worden de jurisprudentie met betrekking tot de aansluiting voor woonwagengewoners, en de jurisprudentie met betrekking tot krakers.

Behoudens noodsituaties, moeten woonwagengewoners de toewijzing van standplaatsen in acht nemen om voor aansluiting in aanmerking te komen, zo kan men Hof 's-Hertogenbosch 24 april 1990 (*Franzen - Gem. Born*) parafraseren.²⁴⁴⁾ In deze procedure vorderden woonwagengewoners, die vanwege problemen hun standplaats in een gemeente hadden verlaten en hun wagens in een andere gemeente op een terrein hadden geplaatst, aansluiting. Het Hof wijst de plicht om hen 'hoe dan ook' tenminste water, elektriciteit en toiletvoorzieningen te verschaffen af. Een argument dat daarbij zwaar telt, is het belang van de gemeente bij het handhaven van de wettelijk geregelde en beperkte

toewijzing van standplaatsen. Het Hof acht de moeilijke situatie in de gemeente van hun standplaats niet ernstig genoeg om afwijkingen te rechtvaardigen. Het criterium van noodsituatie wordt ook gehanteerd in een vonnis van de President van de Rechtbank Breda uit 1983.²⁴⁵⁾ De jurisprudentie op dit terrein is echter niet eenduidig, en vaak geven feitelijke omstandigheden de doorslag.²⁴⁶⁾

De vraag of nutsbedrijven verplicht zijn een aansluiting van een kraakpand te verzorgen komt zeer duidelijk naar voren in een kort geding zaak uit 1980, *Barendregt - Elektriciteitsbedrijf Delfland*²⁴⁷⁾ In deze zaak beriep het nutsbedrijf zich op een bepaling uit de verordening voor levering, waarin stond vermeld dat men niet tot aansluiting verplicht was indien degene die aansluiting wenste niet tot genoeg kon aantonen dat hij gerechtigd was het perceel te betrekken.²⁴⁸⁾ De krakers stelden daar tegenover dat het beschikken over gas en elektriciteit voor de burger tot de essentiële levensbehoeften behoort en verklaarden zich bereid om, conform de bepalingen van de leveringsvoorwaarden, bijzondere voorwaarden aan de levering te accepteren. De President van de Rechtbank wees de vordering van de krakers af gelet op het belang van de rechthebbenden op het pand (die gevoegde partij in de procedure waren). Van de nutsbedrijven kon naar het oordeel van de President niet worden gevorderd dat zij - onverplicht - een daad zouden verrichten die als onrechtmatige daad jegens de rechthebbenden zou zijn te kwalificeren ('stimuleren van semi-overheidswege van het voortduren van de onrechtmatige occupatie van het perceel'). De overwegingen van het vonnis zijn privaatrechtelijk getint. Bij een andere zaak, waarin de krakers reeds geleverd kregen en de eigenaar stopzetting vorderde, het bekende arrest *Gem. Breda - Nijls*,²⁴⁹⁾ werd door de Hoge Raad niet alleen overwogen dat de gemeente - onder meer in verband met haar monopoliepositie - 'niet ieder belang van de afnemers mocht verwaarlozen', maar tevens werd het accent op andere publieke afwegingen gelegd, namelijk op de belangen van openbare orde en veiligheid. De Hoge Raad verwijst naar de veiligheid van de aanliggende panden die door het staken van levering en de mogelijkheid dat de krakers zich op illegale wijze (aftappen) van energie zouden voorzien gevaar zou lopen.

Bij een bespreking van het recht op levering van krakers heeft men te

²⁴⁰⁾ Hof 's-Hertogenbosch 7-5-1990, *KG* 1990, 358.

²⁴¹⁾ Vergelijk in dit verband ook een uitspraak over de kosten van extra voorzieningen bij een woonwagenkamp, Hof Amsterdam 17-2-1985, *NJ* 1985, 96.

²⁴²⁾ Uit het arrest blijkt niet duidelijk of de waarborgsom ook dient tot zekerheid van betaling van de op een vorig adres veroorzaakte schade, al lijkt het van niet. Zie over de problematiek van opschorting op grond van schuld op een vorig adres infra § 4.3.7. Zie over het door het bedrijf te dragen risico van onverhaalbaarheid ook - in een wat ander kader - Pres. Rb. Zutphen 19-1-1984, *KG* 1984, 51, op p. 107 kol. 2.

²⁴³⁾ Al deze vragen kan men, behalve in termen van financieel risico van wanbetaling, ook breder zien in termen van het recht van de leverancier om afnemers te selecteren: hoever mag men gaan met onderzoek (privacy), en welke elementen mogen wel en niet worden meegewogen. Deze discussie wordt hier terzijde gelaten.

²⁴⁴⁾ Hof 's-Hertogenbosch 24-4-1990, *KG* 1990, 176, *Gemeentestem* 6904, nr. 11 met onderschrift C.P.J. Goorden.

²⁴⁵⁾ Pres. Rb. Breda 31-10-1983, *KG* 1983, 331.

²⁴⁶⁾ Zie verder de in *Contractenrecht VIII* (Spier) nr. 25 en *Verbintenissenrecht II* (Spier) aant. 42 genoemde jurisprudentie, waaraan toe te voegen Pres. Rb. Utrecht 12-8-1983, *KG* 1983, 320 en Pres. Rb. Assen 21-11-1986, *KG* 1987, 6.

²⁴⁷⁾ Pres. Rb. 's-Gravenhage 22-8-1980, *Prg.* 1981, 1548 (nt Spier).

²⁴⁸⁾ Zie over de beleidsvrijheid van het nutsbedrijf ook Pres. Rb. Middelburg 1-11-1984, *KG* 1984, 360. De AV kennen een dergelijke bepaling niet.

²⁴⁹⁾ HR 25-9-1981, *NJ* 1982, 315 (CJHB) en *AB* 1982, 284 (FHvdb).

maken met conflicterende rechten. Immers, de eigenaar van een kraakpand zal ook zijn rechten geldend willen maken. Zo ook in *Gem. Bredda - Nijs*: de krakers werden door de gemeente van gas, water en elektriciteit voorzien, en het was de eigenaar van het pand erom te doen deze levering stopgezet te krijgen. Het onderwerp contractsdwang komt scherp in beeld waar de gemeente zich in deze procedure - onder meer - beriep op haar plicht tot levering. Let wel: het is de gemeente die zich beroept op haar plicht tot levering! De gemeente bepleit ook dat zij in ieder geval in zaken 'als de onderhavige' (krakers) een zekere beleidsvrijheid heeft. Dit laatste argument wordt door de Hoge Raad gehonoreerd. Onder meer wordt gewezen op monopoliepositie van de gemeente en de risico's verbonden aan het, met het monopolie samenhangende, gevaar van illegale energievoorziening (aftappen) in geval van afsluiting. Met de beleidsvrijheid die erkend wordt lijkt de nogal absoluut omschreven leveringsplicht, zoals in het cassatiemiddel verwoord, verworpen.²⁵⁰⁾

In bovengenoemde situaties is steeds duidelijk sprake van een publiekrechtelijke belangenafweging. Men kan zich afvragen hoe een dergelijke belangenafweging gestalte kan krijgen waar de eerder gesignaleerde privatisering zich doorzet.

4.3.6 Onderbreking of staken van levering, afsluiting²⁵¹⁾

a. inleiding

Onder welke omstandigheden mag de levering onderbroken of gestaakt worden, c.q. de aansluiting worden afgesloten? Meestal zal in deze situaties sprake zijn van niet-betaling door de gebruiker. De vraag of een nutsbedrijf een wanbetalende klant mag afsluiten kwam in haar zuivere vorm aan de orde in een zaak voor de President van de Rechtbank Utrecht in 1981.²⁵²⁾ De President beantwoordde de vraag bevestigend, aangezien het ging om een klant die a. in ernstige mate in gebreke was gebleven, b. geen redelijk voorstel deed om de betalingsachterstand geleidelijk te voldoen, en c. geen garanties kon bieden dat hij te leveren energie zou betalen. Uit het vonnis blijkt dat ter zitting namens de gemeente werd aangegeven dat op basis van nieuwe onderhandelingen tussen partijen, 'waarbij ook andere Gemeentelijke instellingen dan het G.E.B. zullen worden betrokken' naar een oplossing zou worden gezocht. Geen permanente afsluiting derhalve, maar een

drukmiddel om in een moeilijk geval tot een oplossing te komen.²⁵³⁾ In het nu volgende zal ruim aandacht worden besteed aan de vraag wanneer bij wanbetaling de levering mag worden onderbroken en definitief gestaakt.²⁵⁴⁾

b. procedurele zorgvuldigheid

Alvorens op de inhoudelijke kanten in te gaan, moet worden gewezen op de procedurele zorgvuldigheid die het bedrijf in acht moet nemen, voordat levering onderbroken kan worden.

Zo brengt de President van de Rechtbank Amsterdam in een vonnis van 7 april 1983 de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid direct in verband met de gevolgde procedure: 'eiseres is immers duidelijk in gebreke met de betaling van de vermelde waterrekening, zij is bij herhaling gemaand tot voldoening van deze rekening en zij is bij herhaling gewaarschuwd dat tot afsluiting zal worden overgegaan.'²⁵⁵⁾ In een Apeldoornse zaak uit 1985, *X - Veluwe Nutsbedrijven*,²⁵⁶⁾ had een debiteur een achterstand van f 807,84.²⁵⁷⁾ De debiteur tracht tot een schuldsanering te komen, en biedt een betalingsregeling (f 50 per maand) aan. Gelet op de omstandigheden acht de president van de rechtbank de afsluiting onrechtmatig, waarbij met name het gebrek aan overleg een rol speelt, en het feit dat 'de winter voor de deur staat', zoals de rechtbank het huiselijk uitdrukt. Het Hof schat de situatie echter anders in.²⁵⁸⁾ Het Hof acht weigering van verdere levering niet onrechtmatig omdat er sommaties waren uitgebracht, en vóór daadwerkelijk afgesloten werd nog een laatste waarschuwing persoonlijk op het adres van de gebruiker was bezorgd. In deze zaak speelde ook duidelijk een rol dat de gebruiker verzuimd had een volledig inzicht te geven in zijn financiële middelen. Dit was voor de Gemeentelijke Sociale Dienst ook de reden om te weigeren te bemiddelen. Een weigerachtige houding van de burger, met name om inzicht te geven in zijn

²⁵⁰⁾ Zie ook Van der Burg in zijn noot in *AB*, p. 742 sub 3.

²⁵¹⁾ Zie over deze materie ook *Contractenrecht VIII* (Spier) nr. 114a en *Verbintenissenrecht II* (Spier) nr. 300.

²⁵²⁾ Pres. Rb. Utrecht 12-3-1981, *Prg.* 1981, 1606 (nt Spier, met reactie van Pouli en naschrift van Spier in *Prg.* 1981, p. 375 e.v.).

²⁵³⁾ De vraag rijst hoe in dergelijke gevallen bij bedrijven gehandeld zou worden. Mede gelet op HR 20-3-1981, *NJ* 1981, 640 (CJHB) en *AB* 1981, 337 (JRSU), nog kort besproken in § 4.3.7, lijkt een hardere houding, en dus een eerder ingrijpen, mogelijk, zonder dat dit, naar wij mogen aannemen, kan uitmonden in een al te resoluut afsluiten.

²⁵⁴⁾ Het afsluiten wordt verder niet specifiek besproken, vergelijk hetgeen eerder is gesteld bij 'aansluiten'. Bij het 'afsluiten', het technisch onmogelijk maken van levering, heeft het bedrijf praktisch belang, omdat hierdoor illegaal gebruik ('aftappen') voorkomen kan worden. Vergelijk ook Brunner in zijn noot bij HR 25-9-1981, *NJ* 1982, 315, op p. 1167 sub 2. De consument die echt 'afgesloten' wordt moet, om weer geleverd te krijgen, ook aansluitingskosten betalen. Het verschil tussen 'staken van levering' en 'afsluiten' wordt verder terzijde gelaten. Voor afsluiten zie art. 4 van de AV; vreemd genoeg worden geen voorwaarden voor afsluiting gegeven.

²⁵⁵⁾ Pres. Rb. Amsterdam 7-4-1983, *KG* 1983, 153.

²⁵⁶⁾ Pres. Rb. Zutphen 28-11-1985, *KG* 1986, 9.

²⁵⁷⁾ Het ging overigens om een achterstand opgelopen op een oud adres, hetgeen echter in deze context niet relevant is.

²⁵⁸⁾ Zie Hof Arnhem 23-6-1986, *KG* 1986, 316.

financiële situatie, kan afsluiting rechtvaardigen.²⁵⁹⁾

Op het gebied van de procedure valt met de invoering van de nieuwe AV een verbetering te constateren. Indien tijdig een voorstel voor een betalingsregeling wordt gedaan en bij afwijzing hiervan tijdig bezwaar wordt aangetekend bij de Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven, blijft het nutsbedrijf leveren.²⁶⁰⁾ Enerzijds lijkt een formele regeling van de procedure in het voordeel van de consument, anderzijds wordt blijkens de regeling wel erg uitgegaan van een alert en tijdig reagerende burger: iets meer speelruimte in de procedure lijkt gewenst.²⁶¹⁾

c. gronden voor onderbreken van levering in de AV

In de AV is, zoals gezegd, niet een algemene plicht tot levering geformuleerd. Wel kan geweigerd worden een overeenkomst tot levering aan te gaan: de gronden voor weigering van levering zijn dezelfde als de gronden voor onderbreking van levering.²⁶²⁾ In art. 10 worden - niet-limitatief - gronden voor onderbreking van levering opgesomd. Belangrijkste grond is vanzelfsprekend niet-betaling. In artikel 10 lid 1 sub c wordt dit omschreven als volgt:

'in gebreke is een vordering ter zake van aansluiting of levering dan wel een andere, daarmee verband houdende vordering uit welke overeenkomst dan ook die het bedrijf op hem heeft, te voldoen, met inbegrip van die ter zake van aansluiting of levering ten behoeve van een ander, respectievelijk vorig perceel. Dit geldt mede met betrekking tot vorderingen ... ter zake van aansluiting of levering ten behoeve van een beroep of bedrijf.'

In de bepaling wordt voorts nog expliciet vermeld dat ook het niet-nakomen van een betalingsregeling grond voor onderbreking van levering oplevert. De weergegeven tekst is uit de uit 1989 daterende Algemene Voorwaarden. In de wat omslachtige formulering zijn een aantal

²⁵⁹⁾ Hierbij wordt de plicht van de leverancier om aan de verbruikers een duidelijk overzicht te geven van de verschuldigde bedragen voorondersteld. Zie hierover de AV, en vergelijk ook Pres. Rb. Almelo 14-11-1986, KG 1987, 66 waarin de gemeente die geen duidelijk overzicht verschafte en een weigering de naheffing (de normale termijnbetalingen waren vooruit betaald) te betalen honoreerde met afsluiting hierover enigszins werd gekapitteld.

²⁶⁰⁾ Zie art. 18 over de betalingsregeling. Indien de verbruiker tegen de afwijzing van de betalingsregeling binnen een week bezwaar aantekent bij de Geschillencommissie, dan kan het bedrijf de levering niet onderbreken, zie art. 10 lid 2 jo. art. 23 lid 3. De Geschillencommissie doet via een verkorte procedure binnen drie weken uitspraak, zie de toelichting bij art. 18 lid 2. Op deze manier wordt in de AV een koppeling gemaakt tussen wanbetaling, betalingsregeling, en levering gedurende de loop van de geschillenprocedure. In vergelijking met de Algemene Voorwaarden 1979, waarin niet werd voorzien in schorsende werking bij bezwaar, is dit een vooruitgang.

²⁶¹⁾ De verbruiker moet zelf schriftelijk en gemotiveerd een verzoek tot betalingsregeling opstellen. Bij afwijzing is de termijn voor aanhangig maken bij de GON slechts één week. Vergelijk de kritiek in R.H. Stutterheim, Het nieuwe afsluitingsrecht van de nutsbedrijven: fopspeen voor de consument en de consumentenorganisaties, *Rechtshulp* 1990 6/7, p. 24 en 1990/10 p. 7. Stutterheim heeft overigens ook meer principiële bezwaren.

²⁶²⁾ Zie art. 7 lid 2. Vergelijk supra § 4.3.5.

vroegere geschilpunten te herkennen. De cursief weergegeven gedeelten zijn nieuw in vergelijking met de vorige voorwaarden, die uit 1979 daterden.²⁶³⁾

Het bedrijf kan ook overgaan tot opzegging. In art. 7 lid 4 staat uitdrukkelijk dat opzegging door het bedrijf schriftelijk dient te geschieden en slechts mogelijk is 'in geval van zwaarwichtige belangen' en met inachtneming van een opzegtermijn van minimaal 90 dagen.

d. staken van levering wegens schulden

Uit de hierboven weergegeven tekst van art. 10 AV blijkt duidelijk dat de nutsbedrijven zich het recht voorbehouden levering te staken wanneer openstaande schulden niet worden betaald. Op dit punt komt de rol van contractsdwang naar voren. De nutsbedrijven hebben een leveringsplicht, die gebaseerd is op het elementaire karakter van de diensten die zij aanbieden en hun monopoliepositie. Bij contractsdwang gaat het om de verplichting een contract aan te gaan. Dit impliceert dat de wederpartij zijn verplichtingen onder het tot stand gekomen contract moet honoreren. In hoeverre kan echter uit de aan de contractsdwang ten grondslag liggende elementen een argument worden ontleend om te bepleiten dat, ondanks de wanprestatie van de wederpartij, de andere partij toch moet blijven leveren?

Het gaat dus om de situatie dat een verbruiker van levering verstoken blijft wegens een op *hetzelfde* adres ontstane schuld (in § 4.3.7 aandacht voor 'andere' schulden, zoals schuld op een oud adres). Hierboven werd al gewezen op de procedurele zorgvuldigheid die in acht moet worden genomen.²⁶⁴⁾ Ook bij de 'hardste' uitspraken op dit terrein valt te onderkennen dat een weigering verder te leveren slechts als *ultimum remedium* toegestaan wordt.²⁶⁵⁾

Het is echter duidelijk dat wanneer na overleg, voorstellen tot betalingsregelingen, etc., nog geen oplossing is bereikt de leverancier wegens niet-betaling wil stoppen met levering. Dit betekent dat de verbruikers worden afgesloten van bepaalde elementaire zaken: water en energie. De vraag blijft welke omstandigheden er toe kunnen leiden dat toch doorgeleverd moet worden, ondanks het feit dat de oude schuld,

²⁶³⁾ Zie ook *infra* § 4.3.7.

²⁶⁴⁾ Vergelijk naast de hierboven onder b genoemde uitspraken ook het onder a genoemde vonnis Pres. Rb. Utrecht 12-3-1981, *Prg.* 1981, 1606 (nt Spier, met reactie van Pouli en naschrift van Spier in *Prg.* 1981, p. 375).

²⁶⁵⁾ Vergelijk bijvoorbeeld Pres. Rb. Amsterdam 19-12-1985, KG 1986, 45, waarin de jurisprudentie van de Geschillencommissie ten faveure van verbruiker genegeerd werd; wel echter werd in het vonnis voorzien in een afbetalingsregeling. Ook in Pres. Rb. Maastricht 17-11-1986, KG 1986, 537, een vonnis waarin veel begrip wordt getoond voor het nutsbedrijf, wordt gememoreerd dat de verbruiker een eerdere afspraak omtrent betaling niet was nagekomen en aanmaningen had genegeerd. Opvallend in dit vonnis is overigens dat de electriciteitsmaatschappij naar het oordeel van de President géén monopolist is voor energie voor verlichting, verwarming en koken.

de openstaande rekening, niet voldaan wordt. In dit kader is gesproken over het verschil tussen onmacht en onwil.²⁶⁶⁾ In haar conclusie voor *Stroeve - GAZO*²⁶⁷⁾ stelt A-G Biegman-Hartogh onder meer:

'Voorts dient m.i. bedacht te worden dat het in een geval als dit niet gaat om opschortingsrechten met betrekking tot willekeurige zaken, maar om zaken die - zeker 's winters - tot de eerste levensbehoeften behoren. En dan mag naar mijn mening een dwangmiddel als afsluiting alleen worden toegepast bij onwil, maar niet bij onmacht om de oude schuld te betalen. Het komt mij dan ook onbegrijpelijk voor dat het hof in dit geval de voortgezette onderbreking van de gastvoer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar heeft geacht.'²⁶⁸⁾

De Hoge Raad hoefde echter in *Stroeve* op dit punt niet tot een oordeel te komen.²⁶⁹⁾ In de conclusie van het OM bij *Stroeve* wordt aansluiting gezocht bij het arrest *Veluwse Nutsbedrijven N.V. - Blokkland*,²⁷⁰⁾ waarin de Hoge Raad oordeelde dat een nutsbedrijf/monopolist van haar recht tot opschorting bij surséance/faillissement van de wederpartij in beginsel gebruik kan maken, echter niet indien het gaat om particulieren.²⁷¹⁾ De analogie met de *Stroeve* zaak is dat *Stroeve* weliswaar niet failliet verklaard was, maar dat waarschijnlijk was dat dit alleen achterwege was gebleven omdat het faillissement toch wegens gebrek aan baten zou moeten worden opgeheven. Voor wat betreft de toetsing aan redelijkheid en billijkheid valt steun te zoeken bij *Luyer - Gem. Amsterdam*.²⁷²⁾ In deze zaak ging het weliswaar om stopzetting van levering van energie aan het privé-adres van een behorend vennoot wegens een schuld van de gefailleerde v.o.f., maar het principe blijft hetzelfde: de Hoge Raad overwoog eerst dat de omstandigheid dat de verplichting van de gemeente energie betrof, die in de particuliere sfeer strekt ter voorziening in de eerste levensbehoeften, terwijl de gemeente ter zake een monopoliepositie inneemt, niet tot een

²⁶⁶⁾ Zie bijvoorbeeld Pouli in reactie op de noot van Spier bij Pres. Rb. Utrecht 12-3-1981, *Prg.* 1981, p. 375.

²⁶⁷⁾ HR 18-12-1987, *NJ* 1988, 112. Voor de beslissing in lagere instantie zie Pres. Rb. Zwolle 26-11-1984, *KG* 1985, 2, voor de beslissing na verwijzing zie Rechtshulp 1990/10 p. 14.

²⁶⁸⁾ *NJ* 1988, 112 op p. 495-496. In *Stroeve* ging het om afsluiting wegens schuld op twee vorige adressen. Met behulp van de GSD werd een betalingsregeling voorgesteld, betrokkene hield met zijn gezin (vrouw, drie kinderen) f 1050,- per maand over om van te leven. Een beroep op onmacht werd duidelijk afgewezen in Pres. Rb. Amsterdam 7-4-1983, *KG* 1983, 153, aangaande een bijstandsmoeder. Vergelijk ook over het thema 'onmacht en onwil' R.H. Stutterheim, Afsluiten: bij onmacht of bij onwil?, *Rechtshulp* 1987/12, p. 4.

²⁶⁹⁾ In *Stroeve* werd slechts beslist - kort gezegd - dat in lagere instantie rekening gehouden had moeten worden met de vaste jurisprudentie van de Geschillencommissie, die in deze zaak nog met een bindend advies zou komen. Zie ook Stutterheim, a.w. 1987.

²⁷⁰⁾ HR 20-3-1981, *NJ* 1981, 640 (CJHB) en *AB* 1981, 337 (JRSt).

²⁷¹⁾ Een bespreking van de jurisprudentie over afsluiting en faillissement, waarbij ook belangen van derden betrokken kunnen zijn, zou hier te ver voeren. Vergelijk R.J. Verschoof en E.A. van der Dussen, Afsluitingsbevoegdheid van nutsbedrijven in faillissementsituaties, *NJB* 1986, p. 1243 met reactie van Stutterheim, *NJB* 1987, p. 85; Stutterheim, a.w., *Rechtshulp* 1987/12 p. 4.

²⁷²⁾ HR 28-6-1985, *NJ* 1985, 840.

ander oordeel over de mogelijkheid van opschorting van levering leidt, maar stelde vervolgens dat wel naar deze omstandigheden gekeken kan worden bij de bepaling of in concreto afsluiting niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.²⁷³⁾

Het geheel overziende kan men stellen dat nutsbedrijven de plicht tot leveren, en in dit verband: de plicht te *blijven* leveren, tot het uiterste moeten blijven vervullen. Er kan echter een punt worden bereikt waarop in redelijkheid verdere levering niet meer gevegd kan worden. Geen hard criterium dus, en terecht, gelet op het bijzondere van de dienstverlening en het bijzondere belang van verbruikers op voortzetting van levering.

4.3.7 Algemene voorwaarden of algemeen verbintenissenrecht

De vraag rijst welke rol de standaardvoorwaarden vervullen in de relatie tussen consument en nutsbedrijf. De AV vermelden zelf dat levering geschiedt uit hoofde van een overeenkomst, en dat op deze overeenkomst de algemene voorwaarden van toepassing zijn.²⁷⁴⁾ Hoe de overeenkomst tot stand komt wordt verder niet expliciet gesteld (wie doet het aanbod en wie aanvaardt, de consument of het nutsbedrijf?²⁷⁵⁾) maar dit is verder, gelet op de in het nieuwe BW gestelde eisen voor gebondenheid aan standaardvoorwaarden (art. 6:232) geen probleem. Dit neemt niet weg dat het goed is nog eens uitdrukkelijk te stellen dat de leveringsplicht niet van dergelijke voorwaarden *afhanke-lijk* is. Ook zonder deze voorwaarden valt een dergelijke plicht te construeren. De vraag is derhalve of de leveringsplicht *uitsluitend* aan de hand van de AV moet worden beoordeeld. Praktisch gesproken laten problemen ten aanzien van voor de consument bezwaarlijke voorwaarden zich momenteel gemakkelijk oplossen. Op de voorwaarden is immers de algemene voorwaarden regeling van boek 6 BW van toepassing, inclusief grijze en zwarte lijst en de toetsing aan het 'onredelijk bezwarend' criterium, en verder valt nog te wijzen op de toetsing aan redelijkheid en billijkheid. Het feit dat er sprake is van contractsdwang kan, met name in toepassing van het 'onredelijk bezwarend' criterium en de toetsing aan redelijkheid en billijkheid, voldoende verdisconteerd worden. In het verleden is er echter spanning ontstaan tussen de door de nutsbedrijven gehanteerde voorwaarden en de rechten die aan het

²⁷³⁾ In de lagere instanties werd over misbruik van recht gesproken, bij de Hoge Raad komt dit niet aan de orde. Vergelijk Hof Amsterdam 20-4-1989, *NJ* 1990, 201 over de aansprakelijkheid van uitgetreden vennoten die de leverancier niet in kennis hadden gesteld van het uittreden. Het Hof overwoog dat er aansprakelijkheid voor de schuld is, maar toetste aan de goede trouw, hetgeen in casu tot niet-aansprakelijkheid leidde.

²⁷⁴⁾ Zie art. 7 (art. 6 voor water).

²⁷⁵⁾ Zie in dit verband GON klachtnummer ON 83.112, gepubliceerd *TvC* 1985, p. 187: de overeenkomst komt tot stand door de aanvraag van de verbruiker en de acceptatie daarvan door het bedrijf bijkijns de aansluiting en de levering.

algemene verbintenissenrecht ontleend konden worden. Deze spanning betrof met name kwesties met betrekking tot de opschorting van levering. Een uiteenzetting van de problematiek geeft aanknopingspunten voor beantwoording van de vraag naar de rol van de algemene voorwaarden en van de algemene regels van het verbintenissenrecht bij het vaststellen van de verplichtingen van de nutsbedrijven en de verbruikers.

Gelet op het belang van de burger bij de levering van gas, water en elektriciteit en de monopoliepositie van de leverancier zal bij niet-betaling vaak geen sprake kunnen zijn van definitieve afsluiting: het zal in die gevallen gaan om een *opschorting* van levering. De gerezen vragen laten zich derhalve in het algemeen verbintenissenrecht beantwoorden aan de hand van het algemene leerstuk van opschorting, tezamen met misbruik van recht en de beperkende werking van de goede trouw.²⁷⁶⁾ In de AV is echter, in art. 10, ook een regeling voor de opschorting te vinden. De discussie over opschorting van levering op grond van de het algemene verbintenissenrecht c.q. art. 10 van de algemene voorwaarden wordt al enige tijd gevoerd. Belangrijke discussiepunten hierbij zijn de interpretatie van art. 10, waarbij de Geschillencommissie een duidelijk andere lijn heeft uitgezet dan de gewone rechter, en de rol van het uit 1985 daterende arrest *Luyer - Gem. Amsterdam*²⁷⁷⁾ van de Hoge Raad. De geschiedenis kan als volgt kort worden samengevat.

In de AV die in 1979 werden vastgesteld was de bepaling omtrent opschorting van levering niet erg specifiek. In art. 10 lid 1 sub c werd een zeer ruim criterium gehanteerd:

‘in gebreke te zijn een vordering ter zake van de levering dan wel een andere, daarmee verband houdende vordering, die het bedrijf op hem heeft, te voldoen.’

Diverse kwesties gaven daarom aanleiding tot procedures, waaronder de vraag of levering op een nieuw adres opgeschort kon worden wegens een schuld op een oud adres, en de vraag of levering aan een privé-adres kon worden gestaakt wegens een schuld van een bedrijf. De laatste casus ligt ten grondslag aan het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad *Luyer - Gem. Amsterdam*, een zaak over een schuld ter zake van levering van energie aan een gefailleerde v.o.f. en levering aan het privé-adres van de beherend vennoot. De Hoge Raad gaf in *Luyer* een regel omtrent ‘voldoende samenhang’ voor een opschortingsrecht. Verdedigd is echter, met name door Stutterheim, dat de Hoge Raad in deze zaak niet oordeelde over de algemene leveringsvoorwaarden,

maar slechts een regel gaf die van belang was voor het algemene verbintenissenrecht.²⁷⁸⁾ De Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven interpreteerde de regeling van de schorsing in de algemene voorwaarden zeer restrictief, en bleef dit, ook na *Luyer*, doen. Het verzet van de Geschillencommissie werd in *Stroeve - GAZO*²⁷⁹⁾ gehonoreerd, in die zin dat de Hoge Raad oordeelde dat deze jurisprudentie voor de rechter in kort geding een relevante factor is. De restrictieve jurisprudentie van de Geschillencommissie²⁸⁰⁾ stond in tegenstelling tot de lagere rechters die, onder invloed van de beslissing van de Hoge Raad in *Luyer*, ruime mogelijkheden voor schorsing van levering boden. Deze laatste lijn is inmiddels in de nieuwe voorwaarden vastgelegd, in de formulering van art. 10, hierboven in § 4.3.6 reeds weergegeven.²⁸¹⁾ Thans rest nog de vraag of de nieuwe formulering van art. 10 niet op grond van art. 6:236 sub c (‘zwarte lijst’) nietig is. Formeel is de bepaling conform de regel gegeven in *Luyer*, en derhalve niet nietig. In de literatuur is het arrest echter sterk gekritiseerd.²⁸²⁾

Deze korte weergave van de ontwikkelingen op dit terrein geeft aardig aan welke spanning er kan bestaan tussen toepassing van algemene voorwaarden en algemene leerstukken van het verbintenissenrecht. Mijns inziens dient de leveringsplicht steeds als uitgangspunt genomen te worden. Het gaat niet om toepassing van *of* algemene voorwaarden *of* algemeen verbintenissenrecht, maar om toepassing van algemene voorwaarden en algemeen verbintenissenrecht in het kader van een plicht tot levering, in het kader van contractsdwang.²⁸³⁾

²⁷⁸⁾ Zie diverse publikaties, o.a. zijn annotatie bij het arrest in TvC 1986, p. 118 en nog recent Rechtshulp 1990/10 op p. 10.

²⁷⁹⁾ HR 18-12-1987, NJ 1988, 112. Voor de beslissing in lagere instantie zie Pres. Rb. Zwolle 26-11-1984, KG 1985, 2, voor de beslissing na verwijzing zie Rechtshulp 1990/10 p. 14.

²⁸⁰⁾ De Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven (GON) is bevoegd kennis te nemen van geschillen indien de verbruiker hiermee instemt. Aandacht voor de uitspraken van de GON is er in Rechtshulp en TvC. Van de uitspraken van de Commissie is een samenvatting gemaakt door W. Heirman, J. Stembord en A.F. Vollema, *Uitspraken geschillencommissie openbare nutsbedrijven* tot september 1989, uitgegeven door de nutsbedrijven. Over verschillen tussen rechter en geschillencommissies in toepassing van het recht zie A.N.A.G. Boer, *Beslechting van consumentengeschillen naar Nederlands recht*, Kluwer Deventer 1990.

²⁸¹⁾ Zie kritiek van Stutterheim, a.w. 1990.

²⁸²⁾ Vergelijk C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten en verzuim*, Deventer Kluwer 1987 (Mon. NBW) en dezelfde recent in ‘Opschortingsrechten’, *Rechtshulp* 1992/2, p. 2. Vergelijk ook Stutterheim, a.w. 1990, p. 11-12 en in *Rechtshulp* 1991/12, p. 17.

²⁸³⁾ Impliciet keer ik mij hiernee tegen de gedachte dat de betrokkenheid van consumentenorganisaties bij de totstandkoming van algemene voorwaarden voor de rechter tot grotere terughoudendheid bij de toetsing zou moeten leiden. Vergelijk in dit verband Stutterheim, die (te) ver gaat bij het toekennen van waarde aan de totstandkomingsgeschiedenis van de AV, zie R.H. Stutterheim, *Afsluiten van energie voor een schuld op een oud adres*, *Rechtshulp* 1989/2, p. 11. Overigens ben ik van mening dat een standaardregeling in de zin van art. 6:214 voor de AV van de nutsbedrijven geen aanbeveling verdient.

²⁷⁶⁾ Zie zeer uitdrukkelijk in deze zin Stutterheim, a.w., NJB 1987, p. 85.

²⁷⁷⁾ HR 28-6-1985, NJ 1985, 840.

4.3.8 Tot slot

Contractsdwang komt bij de levering door nutsbedrijven het meest pregnant naar voren in de terughoudendheid met betrekking tot het onderbreken of *staken* van de levering. Deze terughoudendheid geldt ook wanneer de wederpartij, de gebruiker, niet aan zijn verplichtingen voldoet. Daarmee is een ander facet van contractsdwang belicht: contractsdwang is niet alleen van belang bij het sluiten van de overeenkomst, maar ook in de volgende fasen, zoals opschorting en beëindiging. In dit hoofdstuk is uitgebreid ingegaan op wonen en levering van energie en water door nutsbedrijven; op enkele thema's die in de uitwerking op beide terreinen naar voren kwamen wordt nog ingegaan in de conclusies in hoofdstuk 7.

5. Rechtsvergelijking: Duits recht

5.1 Algemeen

De eerder gehanteerde definitie van contractsdwang, de plicht om met een ander de door deze gewenste contractuele rechtsbetrekking aan te gaan, was ontleend aan het Duitse recht. Hieronder zal kort het Duitse recht met betrekking tot de *Kontrahierungszwang* worden besproken.

De gehanteerde omschrijving van 'contractsdwang' is algemeen geaccepteerd in de Duitse literatuur.²⁸⁴⁾ Vaak wordt ook nog vermeld de omschrijving van Nipperdey uit 1920 waarin nog de referentie aan de wilsovereenstemming te vinden is:

'Kontrahierungszwang ist die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteilicher Seite zu bestimmenden Inhaltes abzuschließen.'

Ook in Duitsland is de contractsdwang gerelateerd aan de contractsvrijheid. De contractsvrijheid krijgt hier zelfs een grondwettelijke dimensie in de vorm van door de door de grondwet gewaarborgde vrijheid van persoonlijke ontplooiing in art. 2 lid 1 Grundgesetz:

²⁸⁴⁾ Zie (onder de term *Abschlußfreiheit*) G. Köbler, *Juristisches Wörterbuch*, Verlag Franz Fahlen München, 3e druk 1983. Vergelijk ook *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 50e druk 1991, Einf v § 145 8, waar toegevoegd wordt dat soms weigering gerechtvaardigd is. Kilian komt vanuit zijn functionele benadering tot de volgende definitie: 'Kontrahierungszwang ist aufzufassen als ein Korrektiv für das marktbedingte Fehlen einer zumutbaren Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertragsabschluß über wichtige Güter oder Leistungen.' Zie W. Kilian, *Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem*, 180 *Archiv für die civilistische Praxis* (1980), p. 52.

'Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.'

Deze vrijheid is vanzelfsprekend niet onbeperkt. Zij kan onder meer weer ingekrompen worden door het (horizontaal werkende) gelijkheidsbeginsel in art. 3 GG, een beginsel dat onder meer uitgewerkt wordt in het discriminatieverbod van § 26 lid 2 *GLB* (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*).

Wat opvalt is dat de in Nederland gemaakte onderscheidingen ten aanzien van het begrip contractsvrijheid in Duitsland explicieter worden gesteld, met name door middel van terminologie. Zo spreekt men over '*Abschlußfreiheit*' of '*Vertragseingehungsfreiheit*' (de vrijheid om te contracteren), '*Gestaltungsfreiheit*' (de vrijheid om de inhoud van het contract te bepalen), en '*Formfreiheit*' (vormvrijheid).²⁸⁵⁾ Ook ten aanzien van de hierboven weergegeven oudere definitie wordt opgemerkt dat deze refereert aan zowel de *Abschlußfreiheit* als de *Inhaltsfreiheit*.

In de Duitse literatuur wordt een groot aantal wetsbepalingen genoemd waarin sprake is van contractsdwang. De meest uitgebreide verzameling vindt men bij Kilian, die rond de veertig bepalingen opsomt.²⁸⁶⁾ In de literatuur worden onder andere genoemd bepalingen op het gebied van het verkeersrecht (§ 453 *Handelsgesetzbuch*, uitgewerkt in §§ 3, 6, 53 *Eisenbahnverkehrsordnung*, §§ 22 *Personenbeförderungsgesetz*, § 21 II *Luftverkehrsgesetz*, § 29 *BO Kraft 13a*, § 90 *Güterkraftverkehrsgesetz*), energierecht (§ 6 *Energiewirtschaftsgesetz*), post (§ 3 *Postgesetz*), beroepsuitoefening (§§ 48, 49 *Bundesrechtsanwaltsverordnung*, § 15 *Bundesnotarordnung*), etc. Zelfs de afnameverplichting van melkfabrieken, bepalingen uit het *Milch- und Fettgesetz*, wordt genoemd. Op grond van bepalingen van het *Pflichtversicherungsgesetz* is niet alleen een automobielverzekering verplicht, maar is ook voor de verzekeraar contractsdwang vastgelegd.²⁸⁷⁾

Apart vermeld wordt steeds de mededingingswetgeving, het *GLB*, waarbij met name aandacht voor het discriminatieverbod van § 26 lid 2.²⁸⁸⁾ Een monopoliepositie zou echter ook tot een actie op grond van onrechtmatige daad (§ 826 *BGB*) kunnen leiden.²⁸⁹⁾ In de literatuur wordt verdedigd dat in uitzonderlijke gevallen een dergelijke actie ge-

²⁸⁵⁾ Zie bijvoorbeeld H. Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 18e druk 1990, § 4 Rdnr. 34-40.

²⁸⁶⁾ Zie Kilian, *a.w.*, p. 45.

²⁸⁷⁾ Zie § 5: 'Die ... Versicherungsunternehmen sind verpflichtet, den in § 1 genannten Personen nach den gesetzlichen Vorschriften Versicherung gegen Haftpflicht zu gewähren.'

²⁸⁸⁾ Zie jurisprudentie vermeld in *Palandt*, Einf v § 145 9.

²⁸⁹⁾ Kilian wijst op steeds uitgebreidere toepassing van § 26 lid 2 *GLB* ten koste van § 826 *BGB*, zie *a.w.* p. 81. Omstrede is nog (in 1980) of de consument ook een beroep kan doen op deze bepaling, zie p. 82. Zie over het potentieel van § 26 ook Kilian op p. 60-61.

honoreerd dient te worden, met name wanneer bijzondere belangen in het spel zijn, gedacht wordt echter ook aan meer simpele gevallen, zoals bijvoorbeeld de plaatselijke winkelier in een klein dorp.²⁹⁰⁾

Naast de contractsdwang op grond van expliciete wettelijke bepalingen bestaat er nog een restcategorie van 'algemene' contractsdwang. In Duitsland wordt deze geconstrueerd op basis van § 826 *BGB*.²⁹¹⁾ Beschouwingen hierover concentreren zich echter op de reeds vermelde monopolieposities. Verder zijn er weinig opzienbarende uitspraken te melden. Een 'klassieker' die vaak genoemd wordt is de zaak uit 1931 van de theatercriticus die de toegang tot het theater ontzegd werd, en via een procedure toelating trachtte af te dwingen.²⁹²⁾

Na dit algemene overzicht wordt in het volgende nog kort ingegaan op de auteurs Larenz en Bydlinski. Larenz wordt besproken omdat van de diverse handboeken in zijn handboek²⁹³⁾ nog het meest uitvoerig op de materie wordt ingegaan. Bydlinski wordt kort besproken omdat hij in artikelen diverse aspecten van *Kontrahierungszwang* behandelt heeft.²⁹⁴⁾

5.2 Larenz, Bydlinski

In zijn handboek over 'Schuldrecht' bespreekt Larenz vrij uitgebreid de *Abschlussfreiheit* en haar begrenzing door de *Kontrahierungszwang*. Larenz stelt dat de contracteervrijheid het sterkst beperkt is wanneer een partij rechtens verplicht is met een ander op diens verzoek een overeenkomst met bepaalde inhoud af te sluiten. In dit soort gevallen bestaat de contracteervrijheid nog maar aan één kant. Degene die van de contractsdwang gebruik kan maken, kan hiervan echter ook afzien, of naar believen uitstellen.²⁹⁵⁾

Larenz beschrijft contractsdwang als een correctie op de markteconomie.²⁹⁶⁾ Doel van de markteconomie is allen van de nodige of gewen-

ste goederen of diensten tegen de gunstigste voorwaarden te voorzien. De marktstructuur werkt niet meer wanneer monopolies ontstaan, of één partij de markt haar wil kan opleggen. Dit is des te schadelijker wanneer het gaat om zaken die een ieder min of meer nodig heeft, en men van één leverancier afhankelijk is. De wetgever heeft reeds in een vroeg stadium contractsdwang opgelegd bij het railverkeer, de posten, vervolgens ook het vliegverkeer, en andere vormen van vervoer en energievoorziening. Ook is er een verzekeringsplicht bij motorrijtuigen. In deze wettelijke regelingen is wel telkens voorzien dat in uitzonderingsgevallen van de contracteerplicht afgeweken mag worden. Larenz bespeurt een tendens om niet meer uitsluitend in geval van monopolievorming een contracteerplicht op te leggen:

'Durchweg geht es um die Sicherung der Versorgung mit nach Meinung des Gesetzgebers wichtigen Gütern oder Leistungen, und zwar für alle gleichen Bedingungen.'²⁹⁷⁾

Op basis van art. 26 *GWB* kan tegen misbruik van 'Marktmacht' worden opgetreden. Dit artikel kent echter beperkingen. Reeds vroeg is bepleit dat, uitgaande van de afzonderlijke wetbepalingen die in een contracteerplicht ten aanzien van consumenten voorzien, voor vergelijkbare gevallen een meer algemene plicht moet worden aangenomen. Dit heeft geleid tot jurisprudentie waarin de contractsweigeren als een *sittenwidrige Schädigung* in de zin van § 826 *BGB* gezien kan worden; de rechtspraak heeft dit echter zeer terughoudend toegepast.²⁹⁸⁾

Larenz werpt, naar aanleiding van de in sommige wetten gehanteerde terminologie, de vraag op of er in geval van contractsdwang een plicht tot contracteren bestaat, dan wel een plicht om de prestatie zelf te leveren. Hij wijst er op dat een geval waarin een contract geweigerd wordt slechts uitzondering is, en dat in de grote meerderheid van gevallen wel een overeenkomst gesloten wordt, waarbij het toepasselijke recht vanzelf wordt toegepast. Ook wanneer de overeenkomst onder druk tot stand moet komen, moet men toch voor vaststelling van de verplichtingen van partijen dezelfde weg bewandelen. Veelal zijn ook nog bepaalde verplichtingen (manier van leveren, tijdstip van levering) nog onderwerp van onderhandelingen. Dit alles leidt tot de conclusie dat men beter van het tot stand komen van een overeenkomst dan van een verbintenis uit de wet (*gesetzliches Schuldverhältnis*) kan spreken. Processueel ligt dit echter anders. De eiser mag onmiddellijk de prestatie vorderen; in geval het gerecht de vordering toewijst treedt het von-

²⁹⁰⁾ Esser-Schmidt, *Schuldrecht* Band I Allgemeiner Teil, C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg 6e druk, 1984, § 10 II p. 143.

²⁹¹⁾ 'Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist den anderen zum Ersatze des Schaden verpflichtet.'

²⁹²⁾ Zie bijvoorbeeld Larenz, *a.w.* noot 293, p. 47 en D. Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 4e druk 1988, § 11 IV. Kritisch over de beslissing is Kilian, *a.w.*, p. 70.

²⁹³⁾ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, erster Band allgemeiner Teil, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 14e druk 1987, § 4 I.

²⁹⁴⁾ De sterk functionele benadering van Kilian is ook hoogst interessant, maar blijft hier buiten beschouwing.

²⁹⁵⁾ *a.w.*, p. 42.

²⁹⁶⁾ Larenz wijst ook op de functie die de contractsdwang in een centraal geleide economie heeft. Hij memoreert de situaties tijdens de Wereldoorlogen en de periode na de Tweede Wereldoorlog, waarin noodmaatregelen moesten worden getroffen. Ook noemt hij bepaalde EEG-maatregelen. Zie p. 50-51.

²⁹⁷⁾ *a.w.*, p. 44.

²⁹⁸⁾ *a.w.*, p. 43-48. Vergelijk ook supra noot 289.

nis in de plaats van de overeenkomst.²⁹⁹⁾

De auteur die diverse aspecten van de figuur *Kontrahierungszwang* heeft belicht is Bydlinski. Als één van de 'Grundfragen' noemt hij in zijn artikel 'Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwang'³⁰⁰⁾ de vraag naar de toepasselijkheid van het algemene vermogensrecht, bijvoorbeeld de totstandkoming van een rechtsverhouding door zwijgen, dissensus, vaststelling van de inhoud van de overeenkomst door één partij (§ 315 *BGB*), dwaling, etc.³⁰¹⁾ Verder behandelt hij de vraag of in geval van contractsdwang er een plicht bestaat om de vereiste toestemming tot de overeenkomst te geven, of een (wettelijke) plicht tot de prestatie zelf. In een uitgesponnen betoog wordt de vraag naar 'contractuele elementen' bij toepassing van contractsdwang behandeld.³⁰²⁾ Belangrijkste punt van bespreking dat hier genoemd kan worden is de vraag in welke gevallen of onder welke omstandigheden plaats is voor een *allgemeine Kontrahierungszwang* (dat wil zeggen een niet op de wet berustende contractsdwang).

Bydlinski komt uiteindelijk tot de volgende conclusie:

'Ein Unternehmer, der die Leistung bestimmter Sachen oder Dienste öffentlich in Aussicht gestellt hat, darf einem zum angesprochenen Personenkreis gehörigen Interessenten, wenn diesem zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen, die zur Befriedigung seines Bedarfes nötige einschlägige Leistung und den sie vorbereitenden Vertragsschluß ohne sachlich gerechtfertigte Gründe nicht verweigern, wenn es sich um den "Normalbedarf" oder den "Notbedarf" im oben beschriebenen Sinn handelt.'³⁰³⁾

Cruciaal zijn de criteria *Normalbedarf* en *Notbedarf*. Bij *Normalbedarf* moet worden gedacht aan goederen en diensten die heden ten dage praktisch iedereen ter beschikking staan en waarop de doorsnee mens daadwerkelijk dagelijks of regelmatig aanspraak maakt, die tot zijn normale 'Dasein' behoren. Bydlinski wijst de gedachte, die in de literatuur regelmatig geopperd is, dat het slechts om essentiële, voor het biologisch voortbestaan noodzakelijke, goederen zou moeten gaan, af. Bij *Notbedarf* gaat het om situaties waarin dreigende schade voorkomen kan worden door goederen en diensten te verschaffen die normaal verkregen kunnen worden en waarvan de prijs in geen verhouding staat tot de te verwachten schade, bijvoorbeeld operaties of reparaties ter voorkoming van branden of ongelukken.³⁰⁴⁾

²⁹⁹⁾ a.w., p. 49-50.

³⁰⁰⁾ *AcP* 180 (1980) p. 1.

³⁰¹⁾ Zie a.w., p. 10. Deze vragen worden in een later artikel, *Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts*, *JZ* 1980, p. 378 (gedeeltelijk) uitgewerkt.

³⁰²⁾ Zie p. 15 e.v.

³⁰³⁾ a.w., p. 41.

³⁰⁴⁾ a.w., p. 37-38

Bydlinski wijst op het feit dat contractsdwang steeds ontstaat voor ondernemingen die goederen en diensten algemeen en openbaar aanbieden. Wie een onderneming begint, brengt daarmee al openlijk tot uiting dat hij in het algemeen bereid is om zaken te doen. In dit verband kan worden gedacht aan reclame, waardoor ook een bepaald vertrouwen gewekt wordt. Naar analogie van de uitleg van rechtshandelingen moet ook hier vastgesteld worden welke prestatie in het vooruitzicht gesteld wordt en aan wie. Hij bestrijdt dat hierdoor (opnieuw) een poging wordt ondernomen om contractsdwang te construeren als een verplichting uit openbaar aanbod. Wel wordt door aan te knopen bij het algemeen aanbod de grens aangegeven van een met de beginselen van de rechtsorde verenigbare contractsdwang.³⁰⁵⁾

De geformuleerde regel kent weliswaar een aantal vage begrippen, zo erkent Bydlinski ruiterlijk, maar sluit in ieder geval contractsdwang voor een aantal gebieden, met name luxe goederen, uit. Dit acht hij des te meer belangrijk, omdat aanvaarden van contractsdwang op een bepaald terrein de opgave met zich brengt, door middel van zorgvuldige analyse en belangenafweging vast te stellen wat gerechtvaardigde weigeringsgronden zijn.³⁰⁶⁾

Larenz is het overigens oneens met de door Bydlinski geformuleerde regel. Hij acht de regel te algemeen gesteld, en bepleit de 'Kontrahierungszwang' te reserveren voor bijzondere gevallen.³⁰⁷⁾

6. Rechtsvergelijking: Amerikaans recht

6.1 Inleiding

Het beginsel van de contractsvrijheid geldt zeer sterk in het Amerikaanse recht.³⁰⁸⁾ Deze contractsvrijheid houdt in een vrijheid om *niet* te contracteren.³⁰⁹⁾ Een begrip 'contractsdwang' zal men in het Amerikaanse recht niet vinden, of met moeite kunnen construeren. Men komt weliswaar de term *compulsory contract* tegen, maar dit is een artificieel begrip dat niet is ingeburgerd. Dit betekent echter niet dat de situaties waarin in de *civil law* een contractsplicht wordt aangenomen in de Amerikaanse common law volstrekt verschillend behandeld worden. In het Amerikaanse recht bestaat weliswaar geen met 'contracts-

³⁰⁵⁾ a.w., p. 38-41.

³⁰⁶⁾ a.w., p. 42.

³⁰⁷⁾ a.w., p. 48-49.

³⁰⁸⁾ Over relatie contractsvrijheid met het *free enterprise system* zie onder meer E.A. Farnsworth, *Contracts*, Little, Brown Boston 2nd ed. 1990, § 1.7 en J.D. Calamari & J.M. Perillo, *The law of contracts*, West St. Paul Minnesota 3rd ed. 1987, § 1-3 en § 1-4.

³⁰⁹⁾ Zie bijvoorbeeld W.H. Holmes, *The freedom not to contract*, 60 *Tulane Law Review* 751, 752 (1986), en Note, *The antidiscrimination principle in the common law*, 102 *Harvard Law Review* 1993, 1994-1995 (1989).

dwang' vergelijkbare term,³¹⁰⁾ maar onder omstandigheden bestaat voor partijen wel degelijk een plicht om te contracteren, en bij niet voldoen aan deze verplichting is een actie mogelijk. Het belangrijkste aanknopingspunt is de vraag of er een *duty to serve the public* aanwezig is.

In het handboek van Farnsworth wordt dit als volgt omschreven:

'In a few narrow fields of economic activity, one is not free to refuse to deal with another. Businesses described as 'public utilities' -- such as telephone companies, gas and electric companies, and railroads -- are considered to be under 'a duty to serve without discrimination and on proper terms all who request [their] services' and are liable in tort for breach of that duty.'³¹¹⁾

Farnsworth verwijst naar § 763 *Restatement of Torts*. In comment a bij § 763 is vermeld dat de *duty to serve* het resultaat is van deels historische ontwikkeling, deels de aard van de diensten zelf, en deels als gevolg van het gebrek aan concurrentie en monopolistische karakter van deze diensten.

Behalve in de *public services* situaties kan ook onder andere omstandigheden de contractswegering juridisch relevant zijn:

'In addition to these atypical examples of duty to serve the public, there are instances in which a refusal to deal may have legal consequences if it is improperly motivated. If, for example, the purpose of the refusal is to restrain trade or gain a monopoly, it may be wrongful under either the common law relating to business torts or under statutes in the field of antitrust and trade regulation. And if the purpose of the refusal is improper discrimination, it may be wrongful under one of the antidiscrimination laws. Here too, liability is generally in tort rather than in contract.'³¹²⁾

Uit bovenstaande blijkt dat voor het onderwerp van ons onderzoek het onrechtmatige daadsrecht meer te bieden heeft dan het contractenrecht. Verder is met name specifieke wetgeving (op het terrein van de zogenaamde *regulated industries*) van belang; hieraan wordt echter in het onderstaande voorbijgegaan. Ten slotte moet nog worden opgemerkt dat het ontbreken van een vast omlijnd begrip 'contractsdwang' in het Amerikaanse recht niet verbazingwekkend is. 'Contractsdwang' impliceert een vordering tot sluiten en nakomen van de overeenkomst, en in de *common law* is een veroordeling tot *specific performance* (nakoming) traditioneel de uitzondering: normaal gesproken wordt slechts schadevergoeding toegekend.³¹³⁾ Voordat wij echter het Amerikaanse

contractenrecht definitief verlaten, eerst nog enkele opmerkingen over *compulsory contracts*.

6.2 Compulsory contracts

In 1943 wijdt Patterson enkele beschouwingen aan wat hij noemt de figuur van *compulsory contract*.³¹⁴⁾ Hij stelt duidelijk dat 'the term is not a phrase of art, and is, indeed, invented for the special occasion.'³¹⁵⁾ Met *compulsory contracts* bedoelt Patterson contracten gesloten onder overheidswang:

'By "compulsory" I refer to governmental compulsion, as distinguished from other compulsions which are motivations of conduct.'³¹⁶⁾

Het element van dwang ziet op de inhoud van het contract (inhoud ligt tevoren geheel of gedeeltelijk vast), de persoon van de wederpartij of de prijs.

In zijn artikel behandelt Patterson onder meer de problemen verband houdend met de classificatie van het verschijnsel. Moeten rechtsgevolgen afgeleid worden uit het contractenrecht of uit het onrechtmatige daadsrecht? Patterson kiest voor het laatste. Hij motiveert dit door te stellen dat het feit dat iemand bepaalde activiteiten ontplooit weliswaar kan rechtvaardigen dat aan deze persoon verplichtingen worden opgelegd, maar dat deze rechtvaardiging niet kan liggen in een vorm van contractuele toestemming.³¹⁷⁾ Patterson spreekt over bepaalde activiteiten: in zijn artikel verwijst hij telkens naar activiteiten die door de *common law* of door wetten 'gereguleerd' zijn, zoals energievoorziening, (automobiel)verzekering, arbeidscontract, vervoer of horeca. Patterson ziet een toekomst voor *compulsory contracts*. Hij benadrukt dat steeds naar de specifieke omstandigheden van een bedrijfstak moet worden gekeken; de belangrijkste rol van *compulsory contracts* zal bestaan uit een waarborg voor competitie op een bepaalde markt.³¹⁸⁾

Het door Patterson gehanteerde begrip *compulsory contract* omvat slechts ten dele het eerder gedefinieerde begrip 'contractsdwang'. Bij de *compulsory contracts* staat immers het element van overheidswang en (overheids)regulering centraal. Het begrip *compulsory contract* heeft in de Verenigde Staten slechts een korte periode in de belangstelling ge-

³¹⁰⁾ Een term als *duty to contract* zou nog het meest in aanmerking komen, vergelijk F. Kessler, Some thoughts on the evolution of the German law of contracts - A comparative study: Part I, 22 *UCLA Law Review* 1066, 1072 (1975).

³¹¹⁾ Farnsworth, *a.w.*, p. 202.

³¹²⁾ *a.w.*, p. 203.

³¹³⁾ *a.w.*, H. 12, zie met name p. 857 e.v.

³¹⁴⁾ Edwin W. Patterson, Compulsory contracts in the crystal ball, 43 *Columbia Law Review* 731 (1943).

³¹⁵⁾ *id.*, p. 732.

³¹⁶⁾ *id.*, p. 734.

³¹⁷⁾ *id.*, p. 744.

³¹⁸⁾ *id.*, zie p. 748-749.

staan, maar heeft daarna geen funktie meer kunnen vervullen.³¹⁹⁾ Zo wordt het begrip niet eens genoemd in het overigens zeer complete juridische woordenboek *Black's law dictionary*.³²⁰⁾

6.3 Public callings en public service companies³²¹⁾

De idee van de public of *common callings* dateert nog van voor de ontwikkeling van het contractenrecht in zijn huidige vorm. In oude tijden bestond voor bepaalde beroepsuitoefenaren (*calling* betekent beroep, vak)³²²⁾ een plicht om het publiek te bedienen, en weigering om dit te doen leverde een actie in *tort* op.³²³⁾

Over de achtergrond van de *public callings* bestaat verschil van mening. In een uitgebreid artikel heeft Wyman begin deze eeuw het verschijnsel uitdrukkelijk in het kader van monopolies geplaatst.³²⁴⁾ Hij stelt dat het van oudsher gemaakte verschil tussen *public calling* en *private calling* te verklaren is uit economische factoren. In situaties waarin de echte 'professional', zoals de (vee)arts, de herbergier, de (hoef)smid, etc. in feite een monopolie heeft, kan het niet zo zijn dat hij zijn diensten willekeurig mag weigeren. Voor een aantal beroepen is de noodzaak vervallen, voor andere beroepen geldt zij nog:

'Barber, surgeon, smith and tailor are no longer in common calling because the situation in the modern market does not call for it; but innkeeper, victualler, carrier, and ferryman are still in that classification, since even in modern trade the conditions require it.'³²⁵⁾

Wyman werkt dit betoog verder uit naar recente vormen van monopolie, die te vinden zijn in de vorm van *public service companies*. Aan de hand van jurisprudentie met betrekking tot water, gas, telefoon, en elektriciteit wijst hij op het verschijnsel dat het toestaan van een monopolie gekoppeld is aan de plicht om met een ieder te contracteren. Het tweede deel van zijn artikel bestaat uit een vurig pleidooi om het

destijds bestaande *trust problem* (kartelvorming³²⁶⁾) op te lossen door toepassing van het recht met betrekking tot de *public calling*.³²⁷⁾ Burdick heeft de door Wyman verdedigde theorie dat de opkomst van de *public service companies* verband houdt met het monopolie-achtige karakter van de situatie bestreden.³²⁸⁾ Ten aanzien van 'public service companies' concludeert hij:

'The only legitimate method of controlling the service and charges of such business is by legislative regulation. Any attempt by courts to impose public service duties upon such businesses, independent of statutory regulation, constitutes judicial legislation, or, in other words, a usurpation of the functions of an entirely separate branch of government.'³²⁹⁾

De stellingen van Burdick zijn vervolgens weer aangevochten door Arterburn,³³⁰⁾ die de plicht van de *common calling* om met een ieder te contracteren herleidt tot de externe factor van de pestepidemie van 1348 en de daarop volgende regulering die ten doel had het misbruik van economische macht van het nog aanwezige arbeidspotentieel (de pest kostte minstens de helft van de bevolking het leven) te voorkomen. Een betoog dat de aandacht vestigt op economische factoren, met name monopolies, en in die zin in het verlengde van het artikel van Wyman ligt.³³¹⁾

De beschouwingen van bovengenoemde auteurs waren deels historisch getint. De common law ontwikkelde zich vanaf de door deze auteurs geschetste periode:

'Contract became a principle vehicle of individualism in a free economy - the legal companion of economic and political liberalism. The concept of an enterprise "affected with public interest" was eroded by the advent of the new system. With an increasing number of services available to the general public on a competitive basis, the concept of "holding out" lost distinctive significance, and so, while status con-

³²⁶⁾ Trust: an arrangement by which stockholders in several companies transferred their shares to a set of trustees in exchange for a certificate entitling them to a specified share of the consolidated earnings of the jointly managed companies. The trusts came to dominate a number of major industries and destroy their competitors. (*Guide to American law*, West St. Paul Minnesota, trefwoord Monopoly). Wyman noemt met name Standard Oil Co. en United States Steel Corp., zie p. 229-230.

³²⁷⁾ Zie *a.w.*, met name p. 240-241 e.v.

³²⁸⁾ Ch.K. Burdick, The origin of the peculiar duties of public service companies, 11 *Columbia Law Review* 514 (deel I), 616 (deel II), 743 (deel III) (1911). Burdick wijst op technische aspecten van het Engelse recht, waarin hij echter weer bestreden is door Arterburn, zie *infra*. Burdick betoogt verder dat een *business* niet een *public calling* wordt omdat er sprake is van monopolie, maar omdat te haar behoefte onteigend wordt en, daarvan afgeleid, geprofitteerd wordt van belastingheffing en een exclusief franchise.

³²⁹⁾ *a.w.*, p. 764.

³³⁰⁾ N.F. Arterburn, The origin and first test of public callings, 75 *University of Pennsylvania Law Review* 411 (1927).

³³¹⁾ Arterburn verwijst in zijn afsluitende opmerkingen uitdrukkelijk naar Wyman, zie *a.w.* p. 427-428.

³¹⁹⁾ Vergelijk ook in dezelfde periode M. Radin, Contract obligation and the human will, 43 *Columbia Law Review* 575 (1943) en later nog Kessler, *a.w.*

³²⁰⁾ *Black's law dictionary*, West St. Paul Minnesota 5th ed. 1979.

³²¹⁾ Zie voor de in deze paragraaf behandelde materie ook zeer uitvoerig R.P.J.L. Tjittes, Van status naar contract naar status, *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1991, p. 60.

³²²⁾ Zie *Black's law dictionary*, *a.w.*

³²³⁾ *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, West St. Paul Minnesota, 5th ed. 1984, p. 662.

³²⁴⁾ B. Wyman, The law of the public callings as a solution of the trust problem, 17 *Harvard Law Review* 156 (deel I) en 217 (deel II) (1903 - 1904).

³²⁵⁾ *id.*, p. 160.

cepts lingered in many areas of the common law, the obligations attached to a "public" calling survived only in a narrow category of enterprise, consisting principally of innkeepers and common carriers.³³²⁾

Blijkens dit citaat geldt de met de *public calling* samenhangende plicht om met een ieder te contracteren dus alleen nog voor de *innkeeper* en de *common carrier*. Voor het overige is het terrein van de public calling vrijgelaten door de common law, of door de wetgever gereguleerd.³³³⁾ De (geschiedenis van) de regulering van bepaalde diensten in de Verenigde Staten leidt van het terrein van de *common law* naar het terrein van het administratieve recht en van het recht met betrekking tot de *regulated industries*.³³⁴⁾ Het is niet mogelijk hier verder in te gaan op laatstgenoemd rechtsgebied. Vermeld hoeft slechts te worden dat aan 'business regulation' een aantal doelstellingen ten grondslag ligt, waaronder regeling van terreinen waar 'natuurlijke' monopolies ontstaan.

'Classic examples of natural monopoly where competition would be an idle gesture are thought to include the local distribution of natural gas, water and sewer, electricity, and basic telephone communications.'³³⁵⁾

Een belangrijke doelstelling kan zijn te verzekeren dat een ieder toegang heeft tot de diensten, en op gelijke wijze behandeld wordt:

'Contrary to the usual rule in the private market, a regulated business cannot refuse to deal without an accepted justification.'³³⁶⁾

'Regulated industries' is een zelfstandig rechtsgebied geworden.³³⁷⁾ Een nauwkeurige analyse zou onder meer vergen dat de Amerikaanse jurisprudentie in kaart wordt gebracht, hetgeen hier niet mogelijk is.³³⁸⁾ Gewezen wordt nog slechts op de aparte plaats in het recht van 'public utilities', waar vanwege de ingrijpende regulering van de activiteiten de

³³²⁾ M.O. Tobriner & J.R. Grodin, The individual and the public service enterprise in the new industrial state, 55 *California Law Review* 1247, 1251 (1967).

³³³⁾ Zie ook Prosser & Keeton, *a.w.*, p. 662. Vergelijk echter Tobriner & Grodin, *a.w.*, voor een weergave van jurisprudentie waarin een 'quasi-public' element aanwezig geacht wordt.

³³⁴⁾ Zie voor een aardig overzicht P.W. MacAvoy, The spread of regulation and the birth of deregulation, in: *The regulated industries and the economy*, W.W. Norton & Co. New York 1979.

³³⁵⁾ E. Gellhorn & R.J. Pierce, *Regulated industries*, West St. Paul Minnesota, 2nd ed. 1987, p. 10.

³³⁶⁾ Zie Gellhorn & Pierce, *a.w.*, p. 11-12.

³³⁷⁾ Het begrip *affected with public interest* heeft in dit rechtsgebied alleen nog tot in de jaren dertig een rol gespeeld bij de vraag naar de legitimiteit van overheidsingrijpen. In 1934 oordeelde de Supreme Court dat 'there is no closed class or category of business affected with a public interest', zie Gellhorn & Pierce, *a.w.*, hoofdstuk III. Zie ook Tobriner & Grodin, *a.w.*, p. 1251 noot 25.

³³⁸⁾ Zie 13 *CJS Carriers* §§ 386, 493; 29 *CJS Electricity* §§ 25, 27; 38 *CJS Gas* §§ 18, 19; 41 *CJS Hospitals* § 20; 43A *CJS Inns, hotels, etc.* § 14; 73B *CJS Public utilities* §§ 7, 8, 10; 86 *CJS Telegraphs, telephones, radio and television* §§ 65, 71, 72, 127, 256, 259; 86 *CJS Theaters and shows* § 31; 93 *CJS Warehousemen & safe depositaries* §§ 8, 11.

aansprakelijkheid niet meer als contractueel of uit onrechtmatige daad wordt gezien, maar veeleer *sui generis*.³³⁹⁾

6.4 Restatement of Torts

De door onder verantwoordelijkheid van The American Law Institute opgestelde *Restatements of Law* geven een overzicht van geldend recht. Zoals reeds genoemd, bevatte de (uit het midden van de jaren dertig daterende) *Restatement of Torts* een aantal bepalingen over (bemoeienis met) zakelijke (*business*) relaties. Geregeld werden onder meer 'The privilege to engage in business', te vinden in hoofdstuk 34, de §§ 708-710, en 'Miscellaneous trade practices', de §§ 757-761. In Chapter 37 waren de volgende bepalingen te vinden:

§ 762 Privilege of selecting persons for business relations.

§ 763 Refusal in public utility business.

§ 764 Refusal for purpose of monopoly.

§ 765 Concerted refusal to deal.

Deze bepalingen zijn niet overgenomen in de *Restatement Second of Torts*. In de veertig jaren die tussen de *Restatement First* en de *Restatement Second* lagen, was het mededingingsrecht en 'economisch recht' (*trade regulation*) zo sterk ontwikkeld dat voor aparte bepalingen in de *Restatement* geen plaats meer was. Ten aanzien van de §§ 762-765 wordt dit nog eens specifiek gesteld:

'It is clear that these topics are all within the general field of Trade Regulation rather than Torts, and that the principles and policies involved are primarily those concerned with governmental regulation of business. The decision has therefore been made to delete them, too.'³⁴⁰⁾

Wat was de inhoud van de genoemde §§ 762-765? De tekst van § 762 luidde als volgt:

'One who causes intended or unintended harm to another merely by refusing to enter into a business relation with the other or to continue a business relation terminable at his will is not liable for that harm if the refusal is not

(a) a breach of the actor's duty to the other arising from the nature of the actor's business or from a legislative enactment, or

(b) a means of accomplishing an illegal effect on competition, or

³³⁹⁾ Zie Prosser & Keeton, *a.w.*, p. 663. Voor uitgebreide weergave van rechtspraak zie ook de annotations Liability of electric power or light company to patron for interruption, failure, or inadequacy of power, 4 *ALR3d* 594 en Right of public utility to deny service at one address because of failure to pay for past service rendered at another, 73 *ALR3d* 1292.

³⁴⁰⁾ *Restatement of Torts Second*, vol. 4, West St. Paul Minnesota 1979, p. 2.

(c) part of a concerted refusal by a combination of persons of which he is a member.'

In de toelichting bij dit artikel wordt de vrije markteconomie als leidend beginsel genoemd, evenals het vrijheidsbeginsel, en wordt zeer kort gesteld dat hierop uitzonderingen mogelijk zijn, met name wanneer 'the assumptions upon which the privilege rests are thought to be inapplicable or where exercise of the privilege is thought unduly to curtail the liberty of others.' Tevens wordt vermeld dat bij de wetgeving die tot aansprakelijkheid kan leiden onder meer wordt gedacht aan wetgeving in de Staten met betrekking tot rassendiscriminatie of discriminatie op basis van geloof. Voor het overige is het motief van de weigering niet van belang.

Het algemeen geformuleerde § 762 werd gevolgd door § 763, over *public utilities*. De tekst luidde als volgt:

'One who engages in a business which carries with it a duty to serve without discrimination and on proper terms all who request his service and who without legal excuse refuses to serve another is liable to the other for the harm caused thereby.'

Zoals al eerder werd vermeld, in § 6.1, wordt in de toelichting bij dit artikel uitgelegd dat de *duty to serve* het resultaat is van deels historische ontwikkeling, deels de aard van de diensten zelf, en deels als gevolg van gebrek aan concurrentie en monopolistische karakter van deze diensten. Opgemerkt wordt ook in de toelichting dat deze (nuts)-bedrijven in het algemeen onderhevig zijn aan regelgeving, inclusief de toetreding tot de branche.

Belangrijk is dat in een 'caveat' bij § 762 vermeld staat dat de Restatement zich niet uitlaat over mogelijke aansprakelijkheid in situaties niet vermeld in de artikelen §§ 763-765. Ook bij § 763 wordt hiernaar verwezen, hetgeen inhoudt dat andere branches dan de *public utility business* mogelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. De bepalingen in de Restatement, §§ 762 en 763, waarin zijn vastgelegd het recht om zelf te bepalen met wie men contracteert en de uitzonderingen hierop, hebben in de jurisprudentie niet tot ontwikkelingen geleid die het vermelden waard zijn.

De §§ 764 en 765 begeven zich op het terrein van monopolies en kartelvorming. De bepalingen houden in dat degene die weigert met een ander te contracteren met het doel een onwettig monopolie te creëren of te handhaven aansprakelijk is, en dat een ongerechtvaardigde gezamenlijke (*concerted*) weigering zaken te doen tot aansprakelijkheid leidt. Zoals boven reeds opgemerkt is dit in de Verenigde Staten een geheel eigen rechtsgebied geworden, dat niet meer in de opzet van de

Restatement paste. Hieronder wordt kort nog ingegaan op het Amerikaanse *antitrust* recht.

6.5 Tort law

Heden ten dage vindt men elementen van contractsdwang terug in de beschrijving van het onderscheid bij onrechtmatige daad tussen *acts and omissions*, ofwel *misfeasance and nonfeasance*.³⁴¹⁾ Aansprakelijkheid voor *nonfeasance*, eerst aanvaard bij *public callings*,³⁴²⁾ heeft geleidelijk een zekere uitbreiding ondergaan.

'During the last century, liability for "nonfeasance" has been extended still further to a limited group of relations, in which custom, public sentiment and views of social policies have led the courts to find a duty of affirmative action. In such relationships the plaintiff is typically in some respect particularly vulnerable and dependent upon the defendant who, correspondingly, holds considerable power over the plaintiff's welfare. In addition, such relations have often involved some existing or potential economic advantage to the defendant.'³⁴³⁾

Het criterium dat aangelegd wordt is of door handelen een zodanige relatie is ontstaan dat niet handelen niet slechts een weigering is een voordeel aan de ander toe te kennen, maar in feite het toebrengen van een nadeel is.³⁴⁴⁾ Hoewel deze uitspraak relevant lijkt voor het onderwerp contractsdwang, worden in het vervolg van het betoog geen voorbeelden van (recente) rechtspraak gegeven waarin dit op een manier vorm wordt gegeven die voor ons onderwerp relevant is; de plicht tot handelen wordt toegespitst op de plichten voor eigenaren van onroerend goed (garanderen van veiligheid van bezoekers) en de (afwezigheid van) een plicht om vreemden in nood te helpen.

6.6 Monopolies

De auteurs die in het kader van de *public calling* werden besproken waren niet slechts geïnteresseerd in de geschiedenis van dit begrip, hun belangstelling was uiteindelijk gericht op de problemen van die tijd. Met name monopolies (de economische macht van de trusts) was het onderwerp dat in de discussie van Burdick met Wyman centraal stond. *Antitrust* kwam ook al ter sprake bij de behandeling van de *Restate-*

³⁴¹⁾ Zie Prosser & Keeton, *a.w.*, § 56, vergelijk ook § 92, p. 658 e.v.

³⁴²⁾ Zie uitgebreider *id.* § 92, p. 662 e.v.

³⁴³⁾ *id.*, p. 373-374.

³⁴⁴⁾ Zie *id.*, p. 375, vergelijk ook p. 661.

ment of Tort. In het nu volgende worden kort enkele opmerkingen gemaakt over het Amerikaanse antitrust-recht.³⁴⁵⁾

De eerste federale antitrust wet, de *Sherman Act* (15 USC § 1 et seq.), is reeds in 1890 tot stand gekomen. Deze wet is gevolgd door onder meer de *Clayton Act* (15 USC § et seq. [1914]) en de *Robinson - Patman Act* (15 USC § 13 et seq. [1936]). De inhoud van deze wetten kan als volgt kort worden gekarakteriseerd. De *Sherman Act* verbiedt overeenkomsten in restraint of trade en monopolies. De *Clayton Act* was een aanscherping van de *Sherman Act*, maar bevatte daarnaast ook bepalingen met betrekking tot 'tie-in sales, exclusive dealing arrangements, requirement contracts and mergers', voor zover deze gevolgen hebben voor de competitie of een monopolie creëren. De *Robinson - Patman Act* heeft als onderwerp *price discrimination*. Overigens valt niet elke economische activiteit onder het bereik van deze wetten; bepaalde activiteiten zijn uitgezonderd, zoals vervoer en de *public utilities*.

De in het kader van de contractswegering relevante vraag is wanneer een contractswegering, *refusal to deal*, niet geoorloofd is op grond van overwegingen ontleend aan het mededingingsrecht. Zoals in de Amerikaanse literatuur werd gesteld:

'A refusal to sell to a particular buyer may reflect poor credit, a history of unsatisfactory business relations, contract obligations to another or a clash of personalities. On the other hand, it takes no elaborate analysis to show that a refusal to deal can be used effectively as an economic weapon of persuasion, coercion or denial and applied to the accomplishments of objectives prohibited by the antitrust laws.'³⁴⁶⁾

Een contractswegering kan strijdig zijn met de *Sherman Act*, met name § 2 (monopolies). De jurisprudentie op dit gebied was tot voor kort echter beperkt tot zaken waar een monopolist in een schakel van de distributieketen door contractswegering probeert in een andere schakel een monopolie te krijgen. In een wat andere situatie werd tamelijk recent geoordeeld dat de eigenaar van drie skihellingen niet mocht weigeren door te gaan met de eerder door hem en de eigenaar van de vierde skihelling geïntroduceerde 'combi-kaart'. Een plicht om met een concurrent te contracteren derhalve.³⁴⁷⁾

Onderdeel van de contractsvrijheid is de vrijheid om te weigeren zaken te doen met een ander. Een contractswegering kan op goede gronden

gebaseerd zijn, vergelijk het citaat hierboven. Uit dit citaat wordt echter duidelijk dat niet achter elke contractswegering even oirbare bedoelingen schuil gaan. Dit kan ook het geval zijn wanneer een bestaande relatie beëindigd wordt. Een dergelijke situatie lag ten grondslag aan een beruchte antitrust case, *United States v Colgate & Co.*³⁴⁸⁾ In deze zaak had Colgate aangekondigd dat zij in het vervolg niet meer zou leveren aan degenen die onder de door Colgate vastgestelde prijzen zou verkopen. De Supreme Court oordeelde dat een dergelijke aankondiging niet in strijd was met de *Sherman Act*. Een passage uit het vonnis werd beroemd:

'The purpose of the Sherman Act is ... to preserve the right of freedom to trade. In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal. And, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell.'³⁴⁹⁾

Contractswegering kan ongeoorloofd zijn, met name wanneer het gaat om boycotts door een groep of een weigering die geïnspireerd is door afspraken met anderen. In het Amerikaanse recht wordt een verschil gemaakt tussen de *group boycott* en een individuele beslissing om geen zaken te doen met een ander. Bij de groepsboycot volgt men in principe een 'per se' rule, hetgeen betekent dat de boycott zonder mogelijkheid van tegenbewijs als in strijd met de mededingingsregels wordt geacht, hoewel er ook uitspraken te vinden zijn waarin de *rule of reason* wordt gehanteerd, wat wil zeggen dat gekeken wordt of er geen rechtvaardiging voor de boycott te vinden is.³⁵⁰⁾ Bij de individuele beslissing staat de gedachte van de contractsvrijheid centraal, zoals al bleek uit het geciteerde uit *Colgate*.³⁵¹⁾

³⁴⁸⁾ 250 U.S. 300 (1919).

³⁴⁹⁾ p. 307, zoals geciteerd door Barber, a.w., op p. 851-852.

³⁵⁰⁾ Zie hierover Gellhorn, a.w., p. 212 e.v. Zie over het verminderde belang van de onderscheiding G. Wils, Recente ontwikkelingen in het Amerikaanse antitrustrecht, *SEW* 1991, p. 214.

³⁵¹⁾ Zie ook Barber, a.w., p. 852 en p. 856 De *Colgate* zaak heeft voor veel verwarring gezorgd. Beslissend in deze zaak was dat er tussen Colgate en de andere afnemers geen overeenkomst was omtrent het uitsluiten van de partij die zich niet aan de prijsafpraak hield. Dit heeft het voordeel dat een afnemer die op correcte gronden niet meer geleverd krijgt niet zomaar een proces kan beginnen. Aan de andere kant blijft op deze manier echter elk handelen dat niet duidelijk een overeenkomst vormt buiten schot. In de jurisprudentie zijn dan ook al uitzonderingen voor *course of conduct en tacit understandings* gemaakt. Belangrijk is ook dat de *Colgate* regel uitdrukkelijk slechts bedoeld is voor de situatie waarin de weigerende partij uit is op vorming of handhaving van een monopolie, zie ook de regel 'In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly ...' uit het citaat. Het geheel overziende kan men echter stellen dat de (on)rechtmatigheid van de contractswegering onder de antitrust wetgeving geen duidelijke zaak is. Zie Gellhorn, a.w., p. 308 e.v. Vergelijk ook R.A. Posner, *Antitrust law An economic perspective*, University of Chicago Press Chicago 1976, p. 151 e.v.

³⁴⁵⁾ Voor een kort overzicht van de verschillen tussen Amerikaans antitrust-recht en het EEG-recht zie G. Dara, Antitrust law in the European community and the United States: A comparative analysis, 47 *Louisiana Law Review* 761 (1987).

³⁴⁶⁾ Zie Ch. F. Barber, Refusals to deal under the federal antitrust laws, 103 *University of Pennsylvania Law Review* 845 (1955).

³⁴⁷⁾ Zie *Aspen Skiing Co. v Aspen Highlands Skiing Corp.*, 105 S.Ct. 2847 (1985). Zie E. Gellhorn, *Antitrust law and economics*, West St. Paul Minnesota 1986, p. 147-149.

Door discriminatie worden bevolkingsgroepen uitgesloten. In de Verenigde Staten is een reeks van wettelijke maatregelen getroffen om deze uitsluiting tegen te gaan. Deze maatregelen richten zich in de eerste plaats op de overheid zelf en betreffen het '(semi)publieke' leven. Het gaat om het recht om te stemmen, het recht om publieke functies te bekleden (denk in dit verband ook aan het recht om zitting te nemen in een jury), recht op onderwijs, etc. Ook echter zijn er wettelijke maatregelen die het verkeer tussen burgers onderling betreffen: zo is er bijvoorbeeld de Fair Housing Act,³⁵²⁾ op grond waarvan een verhuurder verboden wordt te discrimineren.

Ondanks de wettelijke maatregelen ter bestrijding van discriminatie wordt wel bepleit dat de common law nog een rol kan spelen. De rol van de oude leer van de *common callings* is op de achtergrond geraakt. Deze leer gold alleen op beperkte terreinen, waarvoor inmiddels wetgeving tot stand is gekomen. Doordat rechtbanken echter het begrip *public service company* ruimer zijn gaan uitleggen en minder vasthouden aan formeel-technische verschillen tussen ondernemingen (zoals *inns* en *common carriers* enerzijds en restaurants anderzijds) zijn nieuwe mogelijkheden ontstaan. De jurisprudentie richt zich echter met name op de toegang van het individu, niet van ondernemingen.³⁵³⁾ Het gebruik van antidiscriminatie-elementen in de common law, die de beginselen van contractsvrijheid en vrije beschikking van eigendom opzij kunnen zetten, kan in deze visie als aanvulling werken op de antidiscriminatiewetgeving.³⁵⁴⁾

7. Samenvatting en conclusies

7.1 Samenvatting

Contractsdwang kan worden omschreven als de verplichting met een ander de door deze gewenste contractuele rechtsbetrekking aan te gaan. In het voorgaande is onderzocht onder welke omstandigheden een plicht tot contracteren kan bestaan. De vraag van de inhoud van het contract werd hierbij ook aan de orde gesteld.

In hoofdstuk 2 is aandacht besteed aan de idee van contractsvrijheid, waar de 'contracteervrijheid' een onderdeel van is. Uit de verhandelingen van Bregstein en Beekhuis blijkt dat beperkingen op de contractsvrijheid steeds aanwezig geweest zijn (§ 2.1). Beperkingen zijn in steeds

grotere mate ontstaan door de groeiende rol van de overheid in het economisch en maatschappelijk leven; de opkomst van het economisch recht getuigt hiervan (§ 2.2). De laatste tien jaar is een kentering te bespeuren: deregulering en privatisering zijn tot beleidsdoeleinden verheven. Vele voor de burger belangrijke diensten worden door de overheid in geprivatiseerde vorm aangeboden (§ 2.3). Wanneer men te maken heeft met de overheid als (beoogde) contractspartij, ontstaan speciale problemen. Aandacht is besteed aan het sluiten van overeenkomsten met de overheid. Bij de privaatrechtelijke overeenkomst zonder meer en overeenkomsten met standaardvoorwaarden werd opgemerkt dat het gelijkheidsbeginsel hier duidelijk een rol speelt, bij de concessie werd gesteld dat uitgangspunt moet zijn dat de burger ervan mag uitgaan dat door privatisering de (kwaliteit van) de dienstverlening niet achteruit gaat (§ 2.4). Een belangrijk element bij de idee van contractsvrijheid is de veronderstelling dat de markt functioneert; daarom werd stilgestaan bij mededinging, zowel de privaatrechtelijke aspecten als de publiekrechtelijke regeling (§ 2.5). Discriminatie, hoe belangrijk ook als onderwerp, werd van bespreking uitgesloten (§ 2.6), maar wel werd gesproken over de rol die grondrechten, als bron van rechten of als inspiratiebron, kunnen gaan innemen (§ 2.7). Hoofdstuk 2 werd afgesloten met enkele gedachten over hoe contractsdwang binnen het rechtssysteem is in te passen. Voor contractsdwang die niet op de wet is gebaseerd passeerden achtereenvolgens de overeenkomst, de onrechtmatige daad, misbruik van recht, de 'Quint - te Poel'-constructie, en de redelijkheid en billijkheid de revue. Mede gelet op het voordeel om de relatie zoveel mogelijk in contractuele termen te zien werd een voorkeur uitgesproken voor aansluiting bij de figuur van het aanbod.

In hoofdstuk 3 is het aanbod, en met name het openbaar aanbod, behandeld vanuit de gedachte dat kwesties met betrekking tot het doen van een openbaar aanbod ook bij contractsdwang aan de orde komen. Vrije partnerkeuze en kwantiteitsproblemen kwamen hierbij ter sprake. In hoofdstuk 4 werden enkele voorbeelden van contractsdwang besproken. Eerst werden enkele vormen van wettelijke contractsdwang genoemd (§ 4.1). Voor het onderwerp 'wonen' werd als centrale vraagstelling geformuleerd of er voor degenen die woonruimte ter beschikking kunnen stellen de verplichting bestaat met een ander de door deze gewenste huurovereenkomst aan te gaan: de vraag naar het bestaan van een afdwingbaar woonrecht (§ 4.2). Krachtens art. 22 Gw. is bevordering van voldoende woongelegenheid voorwerp van zorg van de overheid; aan dit artikel is echter niet een (afdwingbaar) recht op wonen te ontleen (§ 4.2.1). Bij de bespreking van contractsdwang is eerst

³⁵²⁾ 42 U.S.C. §§ 3601-3631.

³⁵³⁾ Zie Note, The antidiscrimination principle in the common law, 102 *Harvard Law Review* 1993, 1996-1999 (1989).

³⁵⁴⁾ *id.*, p. 2013.

naar de publiekrechtelijke kant gekeken: het vorderen van woningen en de hierop volgende relatie. Het bleek dat de wetgever bij de regeling van het beleidsinstrument van de vordering uitdrukkelijk gekozen heeft voor een systeem waarin een rechtstreekse contractuele relatie tussen eigenaar en gebruiker weliswaar zoveel mogelijk wordt bevorderd, maar niet rechtstreeks tot stand komt (§ 4.3.2). Het verschijnsel 'kraken' heeft voor impulsen voor (nadenken over) de erkenning van een recht op wonen/plicht tot gebruik gezorgd. Kraken kan men zien als contractsdwang door middel van eigenrichting; bescherming van krakers als juridische legitimering van deze eigenrichting. Het is duidelijk dat er voor een dergelijke legitimering zwaarwegende argumenten moeten zijn. Uitgangspunt is dan ook nog steeds dat kraken onrechtmatig is. De vraag is daarom of er redenen zijn een ontruiming niet toe te wijzen. Redenen worden gezocht in de persoonlijke omstandigheden van de krakers, maar vooral in de bedoelingen van de eigenaar met het pand (§ 4.2.3). De aandacht werd vervolgens gevestigd op de persoon van de verhuurder, met name de positie van de overheid als verhuurder. Voor gemeentelijke woningbedrijven en woningbouwverenigingen bestaat een zekere mate van contractsdwang: in de rechtspraak wordt onder omstandigheden een plicht tot verhuur aangenomen. Enkele gedachten over welke normen van toepassing zouden moeten zijn op de beslissing omtrent verhuur werden ontwikkeld (§ 4.2.4). Huurachterstand wordt in de rechtspraak gezien als een valide grond voor afwijzing (§ 4.2.5). Bij de vraag in hoeverre asociaal woongedrag, het bezorgen van overlast, mag leiden tot afwijzen stuit men op de vraag naar de grenzen van het woonrecht (§ 4.2.6).

De levering van energie en water door nutsbedrijven is voor een ieder van elementair belang. Bij de vraag in hoeverre er een plicht tot levering is vindt men weinig houvast in de wetgeving, met uitzondering van art. 12 lid 3 van de Electriciteitswet 1989. De relatie met verbruikers wordt beheerst door standaardvoorwaarden; betoogd werd echter dat de leveringsplicht niet van deze voorwaarden afhankelijk is. Thans is algemeen erkend dat er op de nutsbedrijven een plicht tot levering rust (§ 4.3.1 - 4.3.4). Behandeld is de vraag naar de mogelijkheid om voorafgaande aan levering financiële zekerheid te bedingen. Ook bleek dat andere publieke taken en belangen inwerken op de beslissing tot leveren (§ 4.3.5). Bij de beslissing om levering te onderbreken moet de nodige procedurele zorgvuldigheid in acht worden genomen. In de door de nutsbedrijven gehanteerde algemene voorwaarden voor levering wordt een bevoegdheid tot onderbreking van levering wegens niet-betaling gestipuleerd. De vraag blijft welke omstandigheden er toe kunnen leiden dat toch doorgeleverd moet worden, ondanks het feit dat de oude schuld, de openstaande rekening, niet voldaan wordt. Met

name moet hier aan de redelijkheid worden getoetst, waarbij de belangen van de verbruiker, gelet op de aard van de diensten en de monopoliepositie van de nutsbedrijven, zwaar wegen (§ 4.3.6). De vraag naar de toepassing van de algemene voorwaarden of de algemene regels van verbintenissenrecht is problematisch. Bepleit is dat bij toepassing van de algemene voorwaarden en het algemeen verbintenissenrecht steeds de plicht tot levering, de contractsdwang, uitgangspunt moet zijn (§4.3.7).

Uit het overzicht van het Duitse recht bleek dat daar de contractsdwang gebaseerd op een wettelijke bepaling in ruime mate voorkomt. De aandacht gaat sterk uit naar de mededingingswetgeving, met name het discriminatieverbod van § 26 lid 2 *GWB*. Voor een niet op de wet berustende contractsdwang wordt de basis gezocht in § 826 *BGB*. In de literatuur heeft Bydlinski een vergaande vorm van *allgemeine Kontrahierungszwang* verdedigd, namelijk contractsdwang ook voor *Normalbedarf*, een opvatting die echter door Larenz als te vergaand afgewezen wordt.

Het Amerikaanse recht kent van oudsher een 'duty to serve', deze plicht geldt echter alleen voor bepaalde beroepen of diensten, met name de *public utilities*. De historische achtergronden van de *common callings* en de *public service companies* werden belicht, waarbij monopolievorming een achterliggende drijfveer bleek. In de eerste *Restatement of Torts* wordt contractsdwang nog wel genoemd. Aparte artikelen werden gewijd aan *public utilities*, en monopolies en kartelvorming. Ook discriminatiewetgeving wordt in de *Restatement* genoemd. Het algemene onrechtmatige daadsrecht kent echter geen nieuwe ontwikkelingen op dit punt. Kort werd nog aandacht besteed aan *antitrust* en discriminatie.

7.2 Conclusies

Het is moeilijk om algemene uitspraken te doen over de vraag wanneer contractsdwang van toegepassing is. Duidelijk is dat contractsdwang, als uitzondering op het beginsel van de contractsvrijheid, een rechtvaardiging behoeft. Enkele thema's die hierbij een rol spelen werden genoemd. Te denken valt aan misbruik van een economische machtspositie en aan een inbreuk op grondrechten. Beide aspecten kwamen ook naar voren in de behandeling van de Amerikaanse *Restatement of Torts*, en de behandeling van het Duitse recht, waar de aandacht voor misbruik van economische machtspositie groot bleek. Een poging om tot een uitwerking naar meer concrete criteria te komen is verder niet ondernomen.

Uit de behandeling van het Duitse recht bleek dat Bydlinski verdedigd

heeft dat bij 'Normalbedarf', de zaken die men in het dagelijks leven nodig heeft, plaats is voor contractsdwang. Deze stelling lijkt erg ver te gaan, maar bedacht moet worden dat hij erkent dat daarmee de aandacht verplaatst wordt naar de uitzonderingen op de regel. Indien men contractsdwang aanneemt bij 'Normalbedarf' benadert men dicht de figuur van het openbaar aanbod. Openbaar aanbod en contractsdwang laten zich ook tot op grote hoogte vergelijken.

De meest voor de hand liggende voorbeelden van contractsdwang blijken in de wet vastgelegde vormen van contractsdwang te zijn. Genoemd kunnen worden bepaalde beroepen (notaris, advocaat), vervoer (de spoorwegen), en post en telefoon. De vraag is echter of er naast deze wettelijke vormen plaats is voor niet-wettelijke contractsdwang, contractsdwang op grond van een maatschappelijke plicht. In het woonrecht lijkt, ondanks een grondwettelijke norm, een algemene plicht tot contracteren moeilijk te realiseren. Een aantal kernproblemen (vrijheid van keuze met wie men zaken doet, met name kredietwaardigheid, en kwantiteitsproblemen) lijken de grootste obstakels. Wanneer men echter in meer detail naar de problemen kijkt, is er toch plaats voor een zeker ruimte. Wanneer men deze problemen in het oog houdt, verliest contractsdwang zijn problematische karakter, en zijn er zekere aanspraken te construeren.

Op het eerste oog hebben de problemen van toewijzing van een woning en de aansluiting van gas, water en electriciteit niet veel gemeen. Verschillend is vooral dat de plicht tot levering bij de nutsbedrijven tegenwoordig niet omstreden is, terwijl bij de huisvesting de plicht tot toewijzing nog problematisch is. Op het gebied van de huisvesting is sprake van een kwantiteitsprobleem, terwijl dit bij de nutsbedrijven niet erg op de voorgrond treedt. Bij nadere beschouwing blijkt dat een aantal thema's als een rode draad door de beschouwingen op beide terreinen lopen. Zo is op beide gebieden een 'noodsituatie'-criterium ontstaan: bij woonruimte als argument om toch tot een zekere erkenning van een 'woonrecht' te komen, bij de nutsbedrijven om een plicht tot levering te erkennen, ondanks dat niet aan de formele vereisten voldaan wordt. Financiën spelen op beide terreinen een rol, met name de vraag in hoeverre een 'oude' schuld een belemmering mag vormen voor de dienstverlening waar in het heden om gevraagd wordt. Op beide terreinen moet met belangen van derden rekening worden gehouden: bij woonruimte werd dit uitgewerkt aan de hand van de problematiek met betrekking tot overlast, bij de nutsbedrijven werd het gesignaleerd bij de kraak-jurisprudentie, maar ook komt het naar voren bij de rechtspraak over afsluiting bij faillissement, hetgeen niet uitgewerkt werd. Een zorgvuldige besluitvorming is op beide terreinen een vereiste. Ten slotte kan genoemd worden dat op beide terreinen zeer

duidelijk is dat een monopoliepositie verplichtingen met zich brengt.

Bij contractsdwang bevindt men zich op het grensgebied tussen contractenrecht en onrechtmatige daad. Dit bleek al bij de bespreking van economische dwang, waar zowel in het leerstuk van misbruik van omstandigheden als in misbruik van economische machtspositie aanknopingspunten gevonden werden. Contractsdwang kan men inpassen in het systeem door middel van de figuur van het aanbod, of men kan het zien als een kwestie van precontractuele verhoudingen. Bij dit laatste heeft men ook te maken met een figuur die balanceert op de grens tussen contractenrecht en onrechtmatige daad. In het Amerikaanse recht wordt de problematiek benaderd vanuit de onrechtmatige daad, zie de bespreking van de *Restatement of Torts*. Vanuit dit rechtsgebied wordt men echter al snel doorverwezen richting *antitrust*. Het lijkt van belang te onderkennen dat diverse rechtsgebieden hun invloed kunnen uitoefenen op de figuur van contractsdwang.

Een ander grensvlak waarop men zich bij contractsdwang bevindt, is de grens tussen publiek- en privaatrecht. Met name kan hierbij gedacht worden aan een rol voor de grondrechten op het gebied van contractsdwang. Bij buiten-wettelijke vormen van contractsdwang lijkt het in veel gevallen te gaan om een situatie waarin de overheid (beoogd) partij is. Een pleidooi voor horizontale werking van grondrechten is in die gevallen niet eens nodig. Men kan stellen dat de overheid niet in haar 'publieke' gedaante partij is, en dat de kwestie derhalve geheel binnen het privaatrecht valt. Is de 'private' gedaante van de overheid echter steeds te onderscheiden van de 'publieke' gedaante? En is heden ten dage het begrip 'overheid' nog wel scherp omlijnd? In dit verband kan herinnerd worden aan de eerder verdedigde stelling dat de burger in beginsel niet gedupeerd mag worden door privatisering, het uitoefenen van 'publieke' taken in een privaatrechtelijke rechtsvorm.

DE GLOBAL NOTE EN DE NEMO PLUS-REGEL

Gebondenheid aan voorwaarden bij obligatie- en andere leningen belichaamd in een Global Note

Mr P. Kuipers

1. Vooraf

Zoals de titel aangeeft, gaat dit preadvies over de gebondenheid van de verkrijgers van een bepaalde soort effecten aan de daaraan verbonden (algemene) voorwaarden en verweermiddelen. Toen het bestuur van onze vereniging mij eerder dit jaar verzocht over dit onderwerp te preadviseren, kwam uiteraard de vraag op wat het directe verband was met het andere onderwerp voor de jaarvergadering, contractsdwang. De verwantschap tussen beide onderwerpen kon daarin gezocht worden dat het voor beleggers niet mogelijk is te beleggen in effecten waarop andere dan de gebruikelijke, door emittenten gehanteerde voorwaarden toepasselijk zijn. Men kan beleggen onder die voorwaarden en anders niet. Onmiskenbaar schuilt daarin een kern van waarheid, zij het dat het verschil met de 'echte' contractsdwang is dat er hier voor partijen een keuze bestaat het contract al dan niet aan te gaan.

Wat daar van zij, ik schrijf gaarne over het onderwerp. Het fenomeen Global Note is van toenemend gewicht (althans naar financieel belang gemeten). Mede als gevolg van een toenemende liberalisering van de kapitaalmarkt gedurende het afgelopen decennium, zijn er in toenemende mate ook voor andere ondernemingen dan banken zogenaamde 'programma's' ontwikkeld, waarbij leningen in een Global Note belichaamd worden. De juridische vragen die daarbij een rol spelen zijn boeiend.

Ik kan die vragen in het bestek van dit preadvies uiteraard niet allemaal uitgebreid behandelen. Er moesten keuzen worden gemaakt. Na een beschrijving van de praktijk, zal ik relatief kort stilstaan bij de goederenrechtelijke aspecten van de overdracht van aandelen in een Global Note (vrijwel zonder uitzondering zijn er meer personen gezamenlijk gerechtigd tot een Global Note). Aan aspecten van internationaal privaatrecht, die vooral bij de goederenrechtelijke problematiek een rol spelen (zo zal de plaats van bewaring van de Global Note ongetwijfeld van belang zijn) heb ik geheel voorbij moeten gaan.

Voor een verantwoorde poging tot enige betrouwbare (en derhalve gedegen studie vergende) vergelijking met buitenlandse rechtstelsels was

mij onvoldoende tijd vergund. Ons pas opnieuw gecodificeerde recht biedt bovendien reeds voldoende stof voor de mij toegemeten ruimte. Tenslotte zal ik ook geen aandacht besteden aan de toetsing van de voorwaarden die gewoonlijk in Global Notes worden opgenomen aan bijvoorbeeld de zwarte en de grijze lijst. Voorzover daar in abstracto al iets van te zeggen valt, is die materie nogal casuïstisch en ook niet voor alle categorieën beleggers van belang. Uiteraard zal de algemene voorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW meermalen aan de orde komen, maar daarbij zal het gaan om aspecten die relevant zijn voor de gebondenheid aan de voorwaarden als zodanig, de toets van het onredelijk bezwarend zijn daargelaten.

2. De Global Note en overdracht van aandelen daarin

2.1 De Global Note

De Global Note is een door de emittent ondertekende schuldbekentenis die het totale bedrag (vandaar het woord 'Global') van bijvoorbeeld een obligatielening belichaamt. Het stuk bevat (of verwijst naar) de voorwaarden van de geldlening. De Global Note luidt, evenals de uiteindelijke obligaties, aan toonder. Op de wijze van bewaring ervan en van overdracht van de aandelen daarin, zal ik in de volgende paragrafen ingaan.

De Global Note bij de obligatielening is een tijdelijk stuk: het zal uiteindelijk worden omgewisseld in gedrukte obligaties, die aan allerlei vereisten (watermerk, speciale druktechnieken e.d.m.) voldoen om vervalsingen te voorkomen. De Global Note zelf is echter een op gewoon papier getypt document. De reden van bestaan van deze tijdelijke Global Note is drieërlei. Allereerst kan de voorgenomen uitgifte van een obligatielening tot op het laatste moment niet doorgaan, om een beperkt aantal redenen ('force majeure' in de financiële wereld), waarop ik hier niet verder zal ingaan. Ten tweede zou het nagenoeg onmogelijk zijn de obligaties op de dag van uitgifte in druk klaar te hebben; het aan hoge eisen voldoende drukwerk neemt geruime tijd in beslag. In de derde plaats eist Amerikaanse regelgeving in de meeste gevallen dat obligaties eerst na afloop van een bepaalde periode, de zogenaamde 'lock up-period' in hun uiteindelijke gedrukte vorm (als 'Definitive

Notes' of 'Definitive Bonds') beschikbaar komen;¹⁾ tot die tijd moet de lening belichaamd blijven in een Global Note.

Er bestaan echter ook soorten leningen waarbij de Global Note een permanent karakter draagt en tot het moment van aflossing het enige (ook hier: toonder-)stuk blijft dat de lening belichaamt. Een voorbeeld daarvan is het zogenaamde Commercial Paper (CP). Dat kenmerkt zich door een korte looptijd,²⁾ aanmerkelijk korter dan de duur die een obligatielening doorgaans heeft. Een CP programma voorziet in de mogelijkheid van doorlopende uitgifte (vandaar 'programma'). Op ieder gewenst moment kunnen CP leningen worden uitgegeven. In de praktijk zal een af te lossen lening kunnen worden vervangen door een nieuwe lening. Er staan bovendien vele leningen (met vaak uiteenlopende looptijd) tegelijkertijd uit. CP is slechts één vorm van het op deze wijze lenen van geld. Er bestaan nog vele andere soorten en varianten van programma's (ook wat looptijd van het 'papier' betreft) die zich bedienen van een permanente Global Note. Het is in het kader van dit preadvies niet nodig nader op die varianten in te gaan.³⁾ Een voordeel van de permanente Global Note is uiteraard dat men zich hoge kosten en veel administratieve rompslomp kan besparen nu geen tegen vervalsing beveiligde stukken vervaardigd hoeven worden en er geen dure, omvangrijke en riskante transporten hoeven plaats te vinden om deze op hun plaats(en) van bestemming te brengen.⁴⁾

Daar komt bij dat in de praktijk bij obligatieleningen steeds minder beleggers om daadwerkelijke overhandiging van hun gedrukte obliga-

¹⁾ Momenteel een periode van 40 dagen na plaatsing in de markt van de obligaties (i.e. na voltooiing van de zgn. 'distribution'). Amerikaanse onderdanen (andere dan bepaalde financiële instellingen) mogen (te kort gezegd) in beginsel geen andere dan geregistreerde effecten bezitten, dit vooral om (belasting-)fraude te voorkomen. Gedurende de lock up-periode mogen de obligaties niet worden verkocht aan Amerikaanse onderdanen. De gedachte achter die regeling is dat in die 40 dagen de obligaties voor het overgrote deel hun uiteindelijke bestemming wel gevonden zullen hebben, zodat daarna in de praktijk nog slechts een gering deel bij Amerikaans publiek terecht zou kunnen komen. Door van alle uitgevende instellingen, waar ook ter wereld, te verlangen dat deze procedure gevolgd wordt, krijgt die regeling een extraterritoriaal effect. Men kan deze natuurlijk (willen) negeren, maar wie direct of indirect belangen heeft in Amerika loopt het risico dat -bij het niet nakomen van de regels- de Amerikaanse overheid daarop verhaal zoekt voor verbeurde boetes. Men heeft zich er dus praktisch gesproken bij neer te leggen.

²⁾ Naar Nederlandse maatstaven minder dan twee jaar. Het betreft derhalve zgn. geldmarktpapier. In de praktijk doen zich vooral leningen van 3, 6 en 9 maanden voor.

³⁾ Zie nader F.G.B. Graaf, *Euromarket Finance: Issues of Euromarket securities and syndicated Eurocurrency loans*, serie Bank- en effectenrecht deel 14 (1991). In dat boek wordt ook nader beschreven hoe de uitgifte van (ook obligatie-)leningen in zijn werk gaat en welke overeenkomsten en andere juridische documentatie daarbij nodig is.

⁴⁾ CP (en soortgelijke) programma's voorzien soms wel in de mogelijkheid dat een belegger kan vragen om uitlevering van gedrukte Notes voor zijn portie. Het bedrag van de Global Note wordt dan uiteraard dienovereenkomstig verminderd. Van die mogelijkheid wordt in mijn ervaring nog maar zelden gebruik gemaakt.

ties vragen. Zij brengen deze liever onder bij een effectenverzameldepot. De aldus 'gedeponeerde' waardepapieren worden vervolgens giraal overgedragen.⁵⁾ Iets dergelijks gebeurt, zoals in de volgende paragraaf zal blijken, in wezen ook bij het overdragen van aandelen in een Global Note. Het is in de tegenwoordige, zich meer en meer van computers bedienende wereld waarschijnlijk slechts een kwestie van tijd dat het overdragen van effecten, meer speciaal van beleggingsobjecten als obligaties, uitsluitend op girale wijze zal gaan geschieden (evengoed als ook het betalen van geldsommen meer en meer giraal geschiedt). Op den duur zou volstaan moeten kunnen worden met een permanente Global Note en misschien kan ook die nog wel worden afgeschaft.⁶⁾

2.2 Overdracht van een aandeel in een Global Note; de praktijk

Een aandeel in een Global Note wordt wel aangeduid met de term 'Underlying Note'. Een Global Note zal veelal meerdere Underlying Notes omvatten, al is dit niet strikt nodig. Dit 'onderliggende' aandeel in de totale lening is dus niet in een afzonderlijk toonderstuk belichaamd. Er is maar één toonderstuk: de Global Note.

Voordat de praktijk van de overdracht van aandelen in een Global Note besproken wordt, wil ik opmerken dat ik daar in het kader van dit preadvies slechts kort bij zal kunnen stilstaan. Ik moet volstaan met enige hoofdkenmerken. Ook bij de in de volgende paragrafen aan de orde komende goederenrechtelijke perikelen kan ik slechts relatief kort stilstaan. Men kan daaraan zeer omvangrijke beschouwingen wijden, maar het vormt nu eenmaal niet het eigenlijke onderwerp van dit preadvies.

De overdracht van aandelen in de Global Note is in het algemeen als volgt georganiseerd.

De administratie van wie tot welk aandeel in een Global Note gerechtigd is, berust bij een zogenaamde clearing instituut. Met het begrip 'clearing' wil in dit verband eigenlijk zo veel gezegd zijn als: (betaling voor en) overdracht van (aandelen in) effecten door middel van (de boekhouding van) het clearing instituut. Nu geen fysieke overdracht van effecten plaatsvindt, zijn voor een overdracht mutaties nodig in de boekhouding van dat instituut, vergelijkbaar met wat gebeurt bij het overmaken van geld. In Europa zijn de belangrijkste clearing institu-

ten: Euroclear in Brussel en CEDEL (Centrale de Livraison de Valeurs Mobilières S.A.) te Luxemburg. Guldensleningen die belichaamd zijn in een permanente Global Note (dus wel CP maar niet obligatieleningen) worden sinds enige jaren voornamelijk 'gecleard' door De Nederlandsche Bank (DNB).

Het clearing instituut is bewaarder van de Global Note, of beter: bij clearing via Euroclear of CEDEL bewaart een derde ('common depositary' genaamd) de Global Note voor het instituut. DNB neemt het stuk zelf wel daadwerkelijk in bewaring.

Als gezegd, wordt in de administratie van het clearing instituut bijgehouden wie gerechtigd is tot welk bedrag. Als de bij het clearing instituut aangeslotene A (een gedeelte van) zijn aandeel aan aangeslotene B wil overdragen, wordt daartoe opdracht gegeven aan het clearing instituut. Teneinde een overdracht te kunnen effectueren en daartoe opdracht aan een clearing instituut te kunnen geven, moet men dus bij dat instituut zijn 'aangesloten', dat wil zeggen men moet daar (o.a.) een stukkenrekening aanhouden. De administratie van rechthebbenden onder één bepaalde Global Note kan in beginsel slechts berusten bij één clearing instituut. Overboeking naar een ander clearing instituut is (behoudens uitzonderingen) niet mogelijk.

De bij een clearing instituut aangeslotenen zijn nagenoeg exclusief banken en andere financiële instellingen. Wil iemand een aandeel in een Global Note nemen, maar kan of wil hij niet zelf aangesloten zijn bij het clearing instituut, dan kan hij dus slechts deelnemen via een wel aangeslotene. In de boekhouding van het clearing instituut staat dan als rechthebbende genoteerd de aangeslotene (bijv. een bank), die op zijn beurt weer in zijn boekhouding registreert welke cliënt rechthebbende is.⁷⁾

2.3 Overdracht. Goederenrechtelijke aspecten: toonderstuk in de macht van de vervreemder

Laat ons nagaan of deze praktijk van overdracht door boekingen in de administraties van een clearing instituut en daarbij aangeslotenen (naar Nederlands recht⁸⁾) voldoet aan de eisen voor overdracht van (een aandeel in) een toonderpapier. Dat is van belang in verband met een

⁵⁾ Zie daarover de in 1977 in werking getreden Wet giraal effectenverkeer.

⁶⁾ Zie over de (on)mogelijkheid van het gebruik van het systeem van de Wet giraal effectenverkeer voor niet in enig document belichaamde effecten Ch.W. le Rütte, Stukkenloze effecten, *TVVS* 1992 p. 63 e.v..

⁷⁾ Voor een gedetailleerde beschrijving van hoe de belangrijkste clearing systemen functioneren, verwijs ik naar het in noot 3 vermelde boek van Graaf p. 97 e.v..

⁸⁾ Nederlands recht is ontegenzeggelijk van toepassing wanneer DNB het clearing instituut is en ook de (overige) overdrachtshandelingen tussen vervreemder en verkrijger in Nederland plaatsvinden. Welk (goederen-)recht op de overdracht van toepassing is, wordt echter ingewikkelder wanneer bijv. het clearing instituut in het buitenland gevestigd is, de Global Note mogelijk bij een in een derde land gevestigde common depositary in bewaring is gegeven en overdrachtshandelingen door vervreemder en verkrijger in weer een ander land verricht worden.

analyse van de gronden waarop de opvolgende verkrijgers uiteindelijk gebonden zullen zijn aan de leningsvoorwaarden, het eigenlijke onderwerp van dit preadvies. Vastgesteld moet worden om welke wijze van overdracht het hier gaat, omdat de in hoofdstukken 4 en 5 hierna te bespreken regels, welke verkrijgers van toonderstukken een bijzondere bescherming bieden, alleen van toepassing plegen te zijn als er sprake is van een overdracht op grond van art. 3:93 BW.

Ter vermijding van misverstanden wijs ik er vooraf nog op dat het feit dat de *aandelen* in de Global Note (en daarmee in de vordering op de emittent) in feite op naam staan via de administraties van het clearing instituut en de aangesloten banken te zamen, niets afdoet aan het feit dat de *gehele* vordering op de emittent er nog steeds een aan toonder is. Het feit dat de aandelen in die vordering geregistreerd (moeten) staan, verandert niets aan het karakter van de vordering die rechthebbenden gezamenlijk hebben op de emittent.

Art. 3:93 j 90 bepaalt dat de levering, vereist voor de overdracht van een recht aan toonder, waarvan het toonderpapier *in de macht is* van de vervreemder, geschiedt door bezitsverschaffing. Hetzelfde geldt voor een *aandeel* in een toonderpapier op grond van art. 3:96.

'In de macht' van de vervreemder betekent dat deze bezitter of houder moet zijn. Wanneer een niet bij een clearing instituut aangeslotene (A') gerechtigd is tot een aandeel in een Global Note, loopt dat gerechtigd zijn als gezegd via een wel aangeslotene (A, de bank die als houder voor A' optreedt), via het clearing instituut (die weer als houder voor A optreedt) en tenslotte in voorkomend geval via de al eerder genoemde common depositary die weer houdt in opdracht van het clearing instituut. Duidelijk is dat de (laatste twee resp. drie) houders in beginsel niet voor ogen staat voor zichzelf te houden. Dat doet alleen A'. Complicaties als vermenging en dergelijke even daargelaten, is A' middellijk bezitter (art. 3:107 lid 3); hij heeft zijn aandeel in de Global Note derhalve 'in zijn macht'.

Levering vereist derhalve bezitsverschaffing. Dat geschiedt in casu overeenkomstig art. 3:115 aanhef en sub c door bezitsverschaffing *longa manu*. De Global Note bevindt zich (en blijft) in handen van een derde. Nodig is een tweezijdige verklaring (d.w.z. van vervreemder en verkrijger) en erkenning van de overdracht door de derde danwel mededeling door vervreemder of verkrijger aan die derde.

De 'tweezijdige verklaring' kan in iedere vorm geschieden en kan in een of meer gedragingen besloten liggen (art. 3:37 lid 1). Dat vereiste zal dus geen problemen opleveren.

Wel is het de vraag of steeds wordt voldaan aan het vereiste van me-

dedeling aan respectievelijk erkenning door de derde. Als gezegd, geschiedt de levering van een *aandeel* in een goed (dat goed is hier: de Global Note en de daarin belichaamde toondervordering) ingevolge art. 3:96 op overeenkomstige wijze als is bepaald met betrekking tot dat goed. In casu dus door bezitsverschaffing middels een tweezijdige verklaring en mededeling aan of erkenning door de derde die het goed houdt. Maar wie is die laatste eigenlijk? Welke houder (nu er meerdere zijn) moet de mededeling ontvangen of de overdracht erkenning?

Voor overdracht van de gehele Global Note lijkt mededeling aan of erkenning door het clearing instituut (resp. common depositary) noodzakelijk. Dat pleit ervoor dat, nu bij overdracht van een aandeel dezelfde weg gevolgd moet worden, ook daar mededeling aan of erkenning door het clearing instituut vereist zou zijn. Daar schuilt in bepaalde gevallen een probleem.

Geen probleem ontstaat wanneer niet aangeslotene A' via zijn wel bij het clearing instituut aangesloten bank A overdraagt aan niet aangeslotene B' via diens weer wel aangesloten bank B. Het desbetreffende aandeel moet in de boekhouding van het clearing instituut worden overgeboekt van A naar B; hem bereikt dus daadwerkelijk een mededeling. Wat betreft de mededeling aan, of erkenning van de overdracht door, de common depositary (als die er is) heb ik er geen moeite mee om, gezien de aard van zijn relatie met het clearing instituut, de mededeling aan het clearing instituut mede als aan de common depositary gericht respectievelijk mede namens hem ontvangen te beschouwen, danwel de erkenning van de overdracht door het clearing instituut als mede namens de common depositary gedaan te achten. De common depositary is op dit stuk van zaken het 'verlengstuk' van het clearing instituut.

Wanneer A' zijn aandeel echter overdraagt aan een andere cliënt (A'') van dezelfde bank A, bereikt het clearing instituut geen mededeling. De portie blijft in diens boekhouding genoteerd staan ten name van bank A. Er zijn twee respectievelijk drie houders waarvan slechts één onmiddellijk houdt: clearing instituut dan wel common depositary (die ik verder, om de zojuist geschetste reden, zal vereenzelvigen). Is bij overdracht van een aandeel absoluut vereist dat de *onmiddellijk* houder mededeling wordt gedaan of zou mededeling aan de *middellijk* (mede-)houder van de Global Note (in dit geval bank A; art. 3:107 lid 4) voldoende kunnen zijn?

De middellijk (mede)houder van de Global Note (bank A) is hier echter, zo zou men kunnen volhouden, tevens *onmiddellijk* houder van het (onlichamelijke) aandeel. A is onmiddellijk 'houder van de zaak' als

men bereid is hier het *aandeel* in de Global Note als de 'zaak'⁹⁾ aan te merken. Zo bezien zou volstaan kunnen worden met mededeling aan respectievelijk erkenning door A.

Voorzover nodig zou voorts kunnen worden betoogd dat de aangesloten banken mededelingen van hun cliënten terzake van overdrachten 'binnen de eigen portefeuille' van die bank, mede in ontvangst nemen of erkennen voor het clearing instituut. Vraag is of dat in de verhouding tussen clearing instituut en aangeslotenen niet expliciet zo geregeld zou moeten worden.

Ook is denkbaar dat de zaken zo geconstrueerd worden dat het clearing instituut (resp. de common depositary) geacht kan worden overdrachten als die van A' aan A'', waarvan mededeling is gedaan aan A (op voorhand) te hebben erkend. Deze laatste mogelijkheid ligt echter het minst voor de hand, omdat erkenning een zekere mate van bewustheid lijkt te veronderstellen. Het is wat moeilijk om een overdracht te erkennen (welke erkenning op haar beurt een constituerend element van de overdracht zelf is) als men van die overdracht niets afweet. Ik houd de eerste redenering (A is houder van het aandeel, daarmee houder van de zaak, zodat met mededeling aan hem, A, kan worden volstaan) voorshands voor de meest zuivere en juiste.

Hoe dit alles ook zij: een oplossing die mededeling vereist aan het clearing instituut is volstrekt onpraktisch. Dat instituut kan daar niets mee doen. Het verandert niets in zijn administratie. Het voert in het kader van dit preadvies te ver om dieper op deze kwestie in te gaan.

2.4 Vervolg goederenrechtelijke aspecten: geen levering, wat dan?

Ik wijs er nog op dat wanneer mededeling aan A (door A' of A'') niet voldoende zou zijn om een levering ex art. 3:93 tot stand te brengen en er ook geen mededeling wordt gedaan aan het clearing instituut, de handelingen tussen A' en A'' mogelijk op de volgende manieren kunnen worden geduid.

Er kan ten eerste sprake zijn van een (beoogde) overdracht van de rechten die A' jegens A kan doen gelden terzake van hetgeen A weer kan vorderen onder de Global Note. Een cessie dus, waarvoor echter een akte nodig is.¹⁰⁾

⁹⁾ Hoewel het hier niet gaat om een zaak maar een goed, te weten een vorderingsrecht, zijn als gezegd hier de regels betreffende zaken van toepassing vanwege de verwijzing in art. 3:93 naar art. 3:90. Dat ligt ook voor de hand, omdat vorderingsrechten aan toonder uitsluitend bestaanbaar zijn in de vorm van (en belichaamd in) 'voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.' Zij zijn niet te scheiden. Vgl. ook art. 3:86 lid 3 aanhef en sub b, waar toonder- en orderpapier ook wordt behandeld en zelfs expliciet aangeduid als een roerende zaak. Zie verder noot 49 hier-na.

¹⁰⁾ Let wel dat het dan gaat om een cessie aan A'' van de rechten die A' jegens A kan doen gelden en niet om een cessie van rechten jegens de emittent.

In de tweede plaats kan men het samenstel van handelingen zien (en dat ligt meer in de rede) als een actieve novatie waarvoor een akte niet nodig is. A verklaart zich dan uit eigen hoofde schuldig aan A'' hetgeen hij voordien verschuldigd was aan A'. Daarbij kunnen verweermiddelen in de relatie A-A' niet meer door A aan A'' worden tegengeworpen. Bij novatie wordt de relatie A-A'' uitsluitend geregeerd door wat zij gezamenlijk zijn overeengekomen; de (lastgevings)overeenkomst A-A' is voor die relatie in beginsel niet meer relevant.¹¹⁾

Wanneer A' daadwerkelijk goederenrechtelijk rechthebbende was, is daarbij overigens wel steeds de vraag: wat is er eigenlijk gecedeerd of genoveerd, of anders gezegd: welke rechten die A' eerder toekwamen, kunnen nu door A'' worden uitgeoefend? Als A' aanvankelijk wel goederenrechtelijk rechthebbende was tot het aandeel in de Global Note en het samenstel van handelingen van A, A' en A'' leidt niet tot daadwerkelijke overgang op A'' van die goederenrechtelijke positie, is er dan eigenlijk wel niets overgedragen of genoveerd? A' blijft dan goederenrechtelijk rechthebbende. Hij heeft zich alleen (obligatoir) verplicht om die rechten (hoewel nog steeds de zijne) niet uit te oefenen en zulks aan A'' over te laten. A'' heeft nog steeds niets anders dan een obligatoir recht op levering dat ingeval van faillissement van A' niet veel waard zal zijn. Maar welke rechten A' eerder had jegens A en nu niet meer door A' zijn uit te oefenen maar zijn overgegaan op A'', of wat er eigenlijk genoveerd is ten behoeve van A'' (en derhalve 'verdwenen' bij A') is niet te zeggen. A' heeft een obligatoire verplichting op zich genomen en A'' heeft een obligatoir recht gekregen jegens A'. Maar er zijn geen rechten jegens A overgegaan en de verplichting van A om zich te gedragen conform de afspraken A'-A'' staat of valt met de vraag of A'' die op het geëigende moment wel geldend kan maken. Zo bezien lijkt er niets gecedeerd of genoveerd te zijn.

Wellicht is de goederenrechtelijke oplossing gelegen in de constructie Drion (WPNR 3771), waar ook in de Toelichting Meijers bij art. 3:115 (3.5.9) melding van wordt gemaakt. Denkbaar is dat het in bezit stellen onder dit artikel niet geschiedt doordat de vervreemder de ontvanger geheel in zijn plaats stelt waar het zijn rechtsverhouding jegens houder (A) betreft; de vervreemder (A') kan het bezit ook overdragen door zijn rechtsverhouding jegens de houder te doen voortbestaan en zichzelf jegens de nieuwe verkrijger (A'') tot houder te maken. Dan

¹¹⁾ Dat is in wezen ook wat gebeurt bij girale betaling; de vordering die de begunstigde krijgt op de bank is volkomen onafhankelijk van de verhouding tussen de bank en degene die de opdracht tot girering gaf. Zie o.m. *Snyling II,1* (1934) p. 227 (vgl. hierover ook, zij het aarzelender, W. Sniijders aan het slot van par. 2 van zijn opstel 'Betaling per giro', *Van Opstall-bundel*, 1972). Girering is geen cessie; de bank van de begunstigde verklaart zich uit eigen hoofde het overgeboekte bedrag schuldig. Zie o.m. G. van Empel, *Betaling, waardepapier en documentair krediet*, 1991, p. 8 onderaan.

gaat het bezit over door een enkele verklaring van houderschap buiten degene om die de zaak onder zich heeft.

Ik laat dit alles verder rusten. Goederenrechtelijke perikelen vormen als gezegd niet het eigenlijke onderwerp van dit preadvies. Zou er op dat stuk van zaken iets mis zijn en zou er bij de in de praktijk gevolgde handelwijze geen overgang van het aandeel in de Global Note plaatsvinden, dan betekent zulks dat de vraag naar de gebondenheid van opvolgende verkrijgers aan de voorwaarden van de lening zich niet voordoet, eenvoudigweg omdat er geen verkrijger is. De oude recht-hebbende is dat gebleven.

Om dezelfde reden kan ik verder buiten beschouwing laten of A' eigenlijk wel goederenrechtelijk rechthebbende was en of hij eigenlijk niet alleen obligatoire aanspraken had jegens A (of misschien jegens het clearing instituut). Vragen van individualisering respectievelijk vermen-ging (vooral bij A) spelen daarbij mede een rol. Ook die kunnen blij-ven rusten. Als niet A' maar bijvoorbeeld A goederenrechtelijk recht-hebbende was, speelt alleen de gebondenheid aan de voorwaarden van A, die obligatoir jegens A' weer gehouden is datgene wat hij diensten-gevolge incasseert, door te betalen aan A'. Rechtstreekse rechten van A' jegens de emittent zijn dan echter niet aan de orde.

2.5 Besluit goederenrechtelijke aspecten: toonderstuk niet in de macht van vervreemder

Alvorens daadwerkelijk het eigenlijke onderwerp aan te snijden, nog zeer kort aandacht voor de situatie dat het toonderstuk zich, anders dan de twee voorgaande paragrafen veronderstelden, niet (meer) in de macht van de vervreemder (A') bevindt.¹²⁾

Zodra een toonderstuk (bijv. gestolen is of (onbevoegelijk) fysiek is uitgeleverd en daarmee) uit de macht van de vervreemder is geraakt, moet te allen tijde de weg van art. 3:94 worden gevolgd, te weten: ces-sie.¹³⁾ Er is dan dus ook steeds mededeling nodig aan de debiteur. Het

¹²⁾ Men bedenke daarbij dat art. 3:111 aan interversie van houderschap in de weg staat. Voorts be-werkstelligt art. 3:90 lid 2 dat oudere rechten op levering voorgaan boven jongere, zolang de zaak na de levering 'in handen van de vervreemder blijft' en niet in die van verkrijger komt. Men zij er op bedacht dat de relativering van art. 3:90 lid 2 (waarschijnlijk) niet opgaat als het goed zich (zoals bij de Global Note) in handen van een derde (of soms: vierde) bevindt en er dus longa manu geleverd wordt. Zie daarover nader de noot van W.M. Kleijn onder HR 18 september 1987, NJ 1988, 983. Het 'uit de macht van de vervreemder' verdwijnen van het toonderstuk kan zich dan (theoretisch) ook voordoen in andere gevallen dan het (onbevoegdelijk) verdwijnen van dat stuk uit de kluis van de bewaarnemer.

¹³⁾ Aan de weg van art. 3:95 komen we dus, anders dan bij gestolen roerende zaken, niet toe.

oorspronkelijke recht aan toonder is afgescheiden geraakt van het toonderstuk en daarmee tot een vordering op naam geworden.¹⁴⁾

3. Gebondenheid aan de voorwaarden: uitgifte, de eerste schakel in de reeks

Dan kom ik nu toe aan de gebondenheid van houders van toonder-stukken aan de op die stukken van toepassing zijnde voorwaarden. In dit hoofdstuk 3 zal de gebondenheid van de *eerste* verkrijgers aan de orde komen. Daarbij moet derhalve aandacht besteed worden aan de wijze waarop de uitgifte van leningen plaatsvindt. Ik zal eerst de obligatielening/tijdelijke Global Note behandelen, om vanaf par. 3.2 het CP en de permanente Global Note te bespreken. In hoofdstuk 4 behandel ik de gebondenheid van *opvolgende* verkrijgers.

3.1 Obligaties (tijdelijke Global Note)

3.1.1 Wijzen van uitgifte

Bij de uitgifte van obligatieleningen zal veelal een van de twee volgen-de wegen gevolgd worden. Er kan een advertentie worden geplaatst waarin geïnteresseerde beleggers wordt verzocht in te schrijven op de lening. Diegenen wier inschrijving geaccepteerd wordt, verkrijgen hun obligaties dus rechtstreeks van de emittent.

De tweede mogelijkheid is dat een overeenkomst wordt gesloten met een consortium van banken waarbij dit de lening 'overneemt', dat wil zeggen: deze banken verwerven alle obligaties op de dag van uitgifte. Zij verkopen deze (of een aantal) vervolgens weer door aan beleggers. De leden van een dergelijk consortium worden wel 'Managers' ge-noemd. Bij de besprekingen met de emittent over de exacte inhoud van de te sluiten overeenkomsten plegen hun belangen te worden behartigd door de zogenaamde 'Lead Manager' (deze neemt dus 'de leiding' en participeert als regel ook voor verreweg het grootste gedeelte in de overgenomen obligatielening). De overeenkomst waarin deze Mana-gers zich gezamenlijk verplichten het volle bedrag van de lening over te nemen, wordt een 'underwriting agreement' of 'subscription agree-ment' genoemd. Om een al te uitbundig gebruik van engelse termen te voorkomen, zal ik hierna spreken van: de overeenkomst met het con

¹⁴⁾ Een en ander laat uiteraard onverlet dat ook na zo'n cessie de rechten van de (nieuwe) crediteur terzake van de geldlening op grond van art. 3:86 kunnen vervallen, zodra een verkrijger te goe-der trouw het toonderstuk verkrijgt. Lid 3 sub b brengt mee dat, anders dan onder het oude recht, de bestolene van een toonderstuk dit niet meer gedurende drie jaren van de verkrijger te goeder trouw kan opeisen. Goede trouw bij de verkrijger om baat van een toonderstuk is derhal-ve voldoende om eigenaar te worden. Dit is in overeenstemming met art. 14 lid 2 en art. 19 Wet giraal effectenverkeer waarbij in dit opzicht al op het nieuwe recht werd vooruit gelopen.

sortium. De wellicht meer voor de hand liggende term consortiumovereenkomst zal ik ter vermijding van misverstanden niet gebruiken; de leden van het consortium sluiten onderling namelijk ook vaak een overeenkomst waar de emittent buiten staat.

De overeenkomst met het consortium resulteert in het op de dag van uitgifte van de lening door het consortium aan de emittent betalen van het bedrag van de lening, tegenover het door de emittent overhandigen van de door hem ondertekende tijdelijke Global Note aan (meestal) de in hoofdstuk 2 al ter sprake gekomen common depositary.¹⁵⁾

3.1.2.1 Uitnodiging per advertentie

Wanneer de eerste weg gevolgd wordt (openbare uitnodiging tot inschrijving), zal in de advertentie worden verwezen naar de voorwaarden van de geldlening, welke voorwaarden ter zijner tijd in extenso zullen worden afgedrukt op de obligaties en voorts, eveneens in extenso, zijn opgenomen in een prospectus.¹⁶⁾ Het prospectus, dat aan allerlei eisen moet voldoen (het bevat naast de leningsvoorwaarden onder andere uitvoerige financiële informatie over de emittent), is algemeen verkrijgbaar. In de Global Note, als gezegd de eigenlijke schuldbekentenis op het moment van uitgifte, worden de in dat prospectus opgenomen voorwaarden van toepassing verklaard. Wanneer tenslotte ook bij het daadwerkelijke inschrijven door een belegger naar de voorwaarden wordt verwezen, lijkt er weinig reden om te twifelen aan de toepasselijkheid daarvan op de verhouding tussen de emittent en de eerste obligatiehouders.

3.1.2.2 Uitnodiging per advertentie en de algemene voorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW

Het op deze wijze aanvaarden van de *gelding* van de voorwaarden laat onverlet de in beginsel voor de aldus daaraan gebonden obligatiehouder openstaande mogelijkheid om ex art. 6:233 e.v. een beroep te doen op de vernietigbaarheid van in die voorwaarden opgenomen (andere dan kern-)bedingen.

¹⁵⁾ Nauwkeuriger: de common depositary ontvangt de Global Note (om technische redenen bij bepaalde valuta al een aantal dagen vóór de dag van uitgifte), houdt deze tot het moment van daadwerkelijke uitgifte van de obligatielening (een geldlening is een reële overeenkomst die tot stand komt door het daadwerkelijk ter leen verstrekken van het desbetreffende bedrag) de Global Note voor de emittent. Tegelijkertijd 'verzamelt' de common depositary het door het consortium aan de emittent te betalen bedrag. Vervolgens betaalt de common depositary dat bedrag aan de emittent en vanaf dat moment houdt hij de Global Note voor het consortium, of beter: voor het clearing instituut dat vervolgens de administratie gaat voeren.

¹⁶⁾ Een prospectus is vereist op grond van (sedert 15 juni 1992) art. 3 Wet Toezicht Effectenverkeer, zoals nader uitgewerkt in het Besluit toezicht effectenverkeer van 18 december 1991. Onder omstandigheden is geen prospectus vereist. Dan zullen uiteraard nadere maatregelen getroffen dienen te worden om de beleggers in spé op de hoogte te brengen van (en te binden aan) de voorwaarden.

Omdat de concrete inhoud van (normaliter gehanteerde) voorwaarden van obligatieleningen geen deel uitmaakt van het onderwerp van dit preadvies zal ik niet stilstaan bij de vernietigingsgrond van art. 6:233 sub a, zoals nader uitgewerkt in de zwarte en de grijze lijst. Wel is voor de vraag die ons in dit hoofdstuk bezighoudt - zijn de eerste obligatiehouders (de toets van het onredelijk bezwarend zijn daargelaten) gebonden aan de voorwaarden - van belang de vernietigingsgrond van art. 6:233 sub b, zoals nader uitgewerkt in art. 6:234.

De wet neemt als uitgangspunt dat aan de wederpartij de redelijke mogelijkheid geboden is om van de voorwaarden kennis te nemen als deze hem tevoren ter hand zijn gesteld. In beginsel zullen de voorwaarden dus door de emittent (in de praktijk door de bank die de uitgifte van de lening voor deze verzorgt) moeten worden toegezonden aan degenen die hebben ingeschreven, voorafgaand aan of tegelijk met het aanvaarden¹⁷⁾ door de emittent van hun inschrijvingen. Een en ander tenzij inschrijvers rechtspersonen of ondernemingen zijn als bedoeld in art. 6:235. Dan gelden de gewone regels.¹⁸⁾

De uitzondering van art. 6:234 lid 1 sub b (niet vóór of bij totstandkoming ter hand stellen maar ter inzage leggen, of deponeren, alsmede op verzoek toezenden) ziet blijkens de Memorie van Antwoord op overeenkomsten die via telefoon of automaat tot stand komen en op massaal gesloten overeenkomsten, zoals vervoer van passagiers per tram of bus.¹⁹⁾

Voor zover de overeenkomst met een inschrijver tot stand komt langs *telefonische* weg of bijvoorbeeld per telex (een aanvaarding door of namens de emittent per aan de inschrijvers gerichte telex, of telefax, lijkt me gelijk te stellen aan het totstandkomen van een overeenkomst per telefoon of d.m.v. een automaat) zou deze uitzondering dus van toepassing kunnen zijn.

Daarvan uitgaande moet aangetekend worden dat de voorwaarden (vervat in het prospectus) om praktische redenen meestal niet bij de emittent zelf ter inzage zullen liggen, maar bij de bank die de uitgifte voor deze verzorgt. Wanneer in de advertentie vermeld staat dat de voorwaarden bij die bank ter inzage liggen, en dat verzoeken om toezending ervan ook aan dat adres gericht kunnen worden, lijkt me dat er voldoende maatregelen zijn genomen om aan de eis van art. 6:233

¹⁷⁾ Het bij inschrijving aanbieden van effecten moet worden geduid als een uitnodiging om in onderhandeling te treden; vgl. HR 11 december 1991, *RvdW* 1992, 22 waarover B.J. Broekema-Engelen in *Bedrijfsjuridische Berichten* 1992 (nr.6) p. 57/58. De overeenkomst zal dus tot stand komen met het door de emittent aanvaarden van een inschrijving.

¹⁸⁾ Daarbij dient onder meer te worden gelet op 'branchegebruiken', die (soms) mee kunnen brengen dat een latere bevestiging van de voorwaarden aan toepassing niet in de weg hoeven te staan. Vgl. HR 7 juni 1991, *RvdW* 147. Ik wijs in dit verband ook alvast op mijn opmerkingen in par. 3.3 hierna.

¹⁹⁾ MvA II Invoeringswet, *Parl. Gesch. Inv. Boek* 6 p. 1585.

sub b te voldoen, al heeft er ook geen deponering bij een Kamer van Koophandel of de griffie van een gerecht plaatsgevonden (dat zou ook verregaand onpraktisch zijn) en ook al is het prospectus niet op het (daarvoor niet gequiepeerde) kantoor van de emittent in te zien, maar op dat van zijn (in zoverre met hemzelf te vereenzelvigen) lasthebber, de bank. Daarbij moet bedacht worden dat art. 6:234 aangeeft hoe men *in ieder geval* aan de eis van 233 sub b kan voldoen. Een andere wijze van voldoen aan die eis is niet uitgesloten.²⁰⁾

Voorzover de overeenkomsten met inschrijvers wel *schriftelijk* tot stand komen (en zij de aanvaarding van het aanbod per post ontvangen) is weliswaar sprake van een zekere massaliteit, maar het gaat om een ander soort overeenkomst dan wanneer het de in de MvA genoemde uitzonderingen van vervoer per bus of tram betreft, zodat het aanvaarden van de uitzondering van art. 234 sub b hier minder voor de hand ligt.

Er zullen in een bepaald geval goede argumenten ter tafel moeten worden gebracht om te kunnen verdedigen dat, hoewel de overeenkomst schriftelijk tot stand is gekomen en de aanvaarding per post is toegezonden aan de wederpartij, het daarbij tevens toezenden van de voorwaarden redelijkerwijs niet mogelijk zou zijn. Dat die argumenten er misschien wel zijn, lijkt overigens niet ondenkbaar. Ik kan mij voorsstellen dat het aanvaarden van een aanbod (het tot stand brengen van concrete transacties met obligatiehouders) aan een bepaalde afdeling van het bankbedrijf is opgedragen en het administratief verder afwikkelen (bijv. het toezenden van het prospectus) aan een andere afdeling, maar dat de transactieafdeling wel zelf (de bevestiging van) aanvaarding verzendt. Het verschil met het door deze afdeling per telefoon (of elektronisch) doorgeven van de aanvaarding van de inschrijving lijkt verwaarloosbaar.

Ik laat een en ander verder rusten en stap nu van de uitnodiging per advertentie over op de andere wijze van uitgifte van een obligatieleening.

²⁰⁾ Vgl. in dit verband ontwerp art. 3.6.2.6, uit de titel bewind waarvan de invoering is uitgesteld, lid 1: 'Een bewind dat is ingesteld bij de uitgifte van schuldbrieven voor een geldlening, is voor de houders daarvan bindend, wanneer de voorwaarden van dit bewind bij een schriftelijke, tussen de schuldenaar en de bewindvoerder aangegane overeenkomst zijn geregeld, en deze overeenkomst op behoorlijke, op de schuldbrieven vermelde wijze is bekend gemaakt.' Bekendmaking is daar dus voldoende. Toezenden hoeft niet. Ontwerp lid 2 voorziet zelfs in de mogelijkheid van instelling van bewind bij een reeds lopende lening.

Het is trouwens ook nu reeds gebruikelijk dat, wanneer er een trustee is (zie daarover -heel kort- par. 6.2 hierna), de inhoud van de door emittent met deze gesloten trustakte niet in het prospectus of op de obligaties wordt afgedrukt. Er wordt naar verwezen.

3.1.3.1 Overneming door een consortium

Wanneer de uitgifte op de tweede, in subparagraaf 3.1.1 beschreven wijze geschiedt en de lening geheel door banken wordt overgenomen, is hun gebondenheid gegeven met de overeenkomst tussen hen en de emittent. Die overeenkomst brengt met het overnemen van de lening (het 'kopen' van de obligaties) ook de aanvaarding van de voorwaarden van de lening mee. Over de inhoud van die voorwaarden wordt tussen de emittent en het bankenconsortium - vertegenwoordigd door de al genoemde Lead Manager - dan ook uitvoerig overleg gepleegd en (stevig) onderhandeld.

3.1.3.2 Consortium en de algemene voorwaardenregeling

In termen van afdeling 6.5.3 BW zijn de voorwaarden van de lening bij of voor het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand gesteld. De overeenkomst met het consortium wordt ook niet getekend voordat partijen het tevens eens zijn geworden over de inhoud van de voorwaarden. Op dat moment moeten partijen het namelijk eens zijn over de inhoud van het prospectus (waaronder de voorwaarden). Het is gebruikelijk dat de banken op het voorblad van het prospectus vermeld worden.

Gebondenheid van de leden van het consortium (tevens de eerste obligatiehouders) staat dus wel vast. Bovendien zullen de van het consortium deel uitmakende banken veelal vallen onder (minstens) één van de in art. 6:235 opgenomen uitzonderingen, waardoor hen een beroep op art. 6:233 sub b niet toekomt.

3.1.3.3 Consortium: (middellijke) vertegenwoordiging?

Hoewel de leden van het consortium op eigen naam de overeenkomst met de emittent aangaan, zal het veelal zo zijn dat zij al vóór de datum van uitgifte en vóór het tekenen van die overeenkomst een substantieel gedeelte van de obligaties hebben geplaatst bij beleggers, hun cliënten. De vraag zou kunnen rijzen of er in zoverre wellicht sprake is van middellijke vertegenwoordiging door de banken als zij de obligatielening overnemen.

Ik acht dat niet aannemelijk. Aan het tekenen van de overeenkomst met het consortium gaat vooraf dat de emittent met de Lead Manager de uitgifte van de obligatielening overeenkomt. Die overeenkomst komt veelal 3 à 4 weken vóór de geplande datum van uitgifte tot stand. Vervolgens verzendt de Lead Manager een zogenaamde 'invitation telex' aan die banken die men graag wil opnemen in het consortium. Sommige banken zullen positief, andere afwijzend op de uitnodiging reageren. Uiteindelijk komt het consortium tot stand en neemt ieder van de leden een portie van de lening over. Slechts onder zeer beperk-

te voorwaarden (bekend als de 'force majeure clause') kunnen de banken nog onder hun verplichting uit.

Nadat aldus het consortium is samengesteld en (de voorovereenkomst tot het aangaan van) de verplichting tot overneming van de lening is ontstaan, gaan de banken hun aandelen alvast aan cliënten aanbieden. Ongeacht het succes daarvan, blijft hun eigen verplichting tot overneming van de lening evenwel bestaan. Middellijke vertegenwoordiging lijkt derhalve niet aanwezig.

Overigens regardeert het de emittent (althans voorzover het het onderwerp van dit preadvies betreft) niet werkelijk of er nu middellijke vertegenwoordiging is of niet.²¹⁾ Wie als 'tussenpersoon' op eigen naam handelt, doet geen verbintenisrechtelijke aanspraken tussen zijn opdrachtgever (hier: de belegger) en de wederpartij (hier: de emittent) ontstaan.²²⁾ Dat geldt evenzeer als de tussenpersoon bevoegd was als gevolmachtigde te handelen maar dat niet heeft gedaan.²³⁾ De leden van het consortium hebben zelf hun aandelen in de obligatielening 'gekocht', zijn daarmee de eerste obligatiehouders geworden en als zodanig gebonden aan de leningsvoorwaarden. De doorlevering van obligaties aan hun cliënten berust op een tussen de banken en hun cliënten bestaande, afzonderlijke koopovereenkomst.

Zou dit anders zijn en zou er dus toch sprake zijn van vertegenwoordiging door de banken van de betrokken cliënt(en) (of zou middellijke vertegenwoordiging op het stuk van het overnemen van de obligatielening wel rechtstreeks verbintenisrechtelijke aanspraken tussen opdrachtgever en wederpartij doen ontstaan, waarmee middellijke vertegenwoordiging verheven zou worden tot een vorm van echte vertegenwoordiging), dan is de cliënt uiteraard op grond van die vertegenwoordiging gebonden, ook aan de leningsvoorwaarden die deel uitmaken van het samenstel van overeenkomsten die dan mede 'namens' hem gesloten zijn. In plaats van de desbetreffende bank, is diens cliënt de eerste schakel geworden en als zodanig gebonden.

3.1.3.4 Vertegenwoordiging, 'tussenschakel' en de algemene voorwaardenregeling

Ik teken hierbij aan dat zulks (opnieuw) onverlet laat de voor deze obligatiehouders in beginsel openstaande mogelijkheid om onredelijk bezwarende (niet kern-)bedingen te vernietigen (art. 6:233 sub a). Zij zullen zich er evenwel jegens de emittent niet op kunnen beroepen dat hun, obligatiehouders, vertegenwoordiger, de bank, de voorwaarden

eventueel niet aan hen heeft toegezonden. Ook waar het betreft het kennis nemen van de voorwaarden, moet de wetenschap van de vertegenwoordiger de vertegenwoordigde worden toegerekend. (Vergelijk in dat verband art. 6:235 lid 2 dat in het daar bedoelde geval van vertegenwoordiging 'slechts' een beroep op art. 6:233 sub a en niet ook op sub b toekent.)

Volledigheidshalve wijs ik er nog op dat art. 6:244 (inzake 'beknelde tussenschakels') hier (uiteraard) geen toepassing vindt. Het gaat niet om door de bank in de overeenkomst met zijn cliënt (belegger) gehanteerde voorwaarden die onredelijk bezwarend zijn (en die samenhangen met de voorwaarden die voorkomen in de overeenkomst bank-emittent). Bij op de obligaties van toepassing zijnde voorwaarden gaat het om de voorwaarden die deel uitmaken van het vorderingsrecht dat het *object* vormt van de overeenkomst bank-belegger. Die voorwaarden zijn daarmee geen voorwaarden in de overeenkomst bank-belegger; zij maken deel uit van de rechtsverhouding emittent-belegger die is ontstaan als gevolg van de overdracht van het object.

3.2 Commercial Paper (permanente Global Note)

3.2.1 Wijzen van uitgifte

De uitgifte van CP is iets anders georganiseerd dan die van obligatieleningen. Dat komt (voornamelijk) omdat de uitgifte van obligatieleningen steeds een eenmalige gebeurtenis is, waarvoor telkens weer opnieuw dezelfde (soorten) contracten moeten worden gesloten. De uitgifte van CP geschiedt echter doorlopend en berust op een raamcontract tussen emittent enerzijds en een aantal banken (bij CP 'Dealers' genaamd) anderzijds. Ik ga daar zo dadelijk nader op in.

In hoofdlijnen doen zich ook bij CP twee manieren voor waarop de uitgifte gestructureerd is. De eerste houdt in dat de Dealer op eigen naam het CP van emittent koopt en weer doorverkoopt aan beleggers (vergelijkbaar dus met overneming van een lening door een consortium). De Dealer treedt dan dus op als wederpartij van de emittent. Eventueel kan sprake zijn van (middellijke) vertegenwoordiging door de Dealer van zijn cliënt, de belegger.

De tweede manier is dat de Dealer optreedt als vertegenwoordiger van de emittent en namens deze CP leningen afsluit met beleggers. Ik begin met de Dealer als wederpartij van de emittent.

3.2.2.1 Overeenkomst tussen emittent en (in eigen naam handelende) bank ('Dealer')

Aan een CP programma ligt (veelal) een zogenaamde 'Dealer Agree-

²¹⁾ Althans naar Nederlands recht.

²²⁾ Behoudens de artt. 3:110 en 7:412/413.

²³⁾ Asser/Van der Grinten I (de vertegenwoordiging), 1990, nr. 103.

ment' ten grondslag, gesloten tussen de als Dealers optredende banken en de emittent. Als gezegd, voorziet een CP programma in een doorlopende uitgifte van CP. Er kan een maximum bedrag verbonden zijn aan een programma (en meestal is dat ook het geval) maar noodzakelijk is dit niet, althans niet altijd.

Anders dan de leden van het consortium die *gezamenlijk* een obligatielening overnemen, werken de Dealers meestal niet samen bij de daadwerkelijke uitgifte van CP. Een concrete CP lening komt tot stand krachtens een afzonderlijke overeenkomst tussen de emittent en één Dealer. De Dealer-overeenkomst vormt dus het raamwerk (waartoe ook de in de Global Note opgenomen voorwaarden van CP leningen behoren) waarbinnen Dealers en emittent op ieder gewenst moment afzonderlijke leningen kunnen afspreken. Ieder van die leningen heeft zijn eigen financiële voorwaarden (looptijd en rente, onder sommige programma's is ook een variatie in valuta's mogelijk).

Juist omdat uitgifte van afzonderlijke leningen doorlopend mogelijk is, doen zich bij dergelijke programma's - anders dan bij obligatieleningen - wel duidelijk gevallen voor waarin de Dealers met de emittent leningen overeenkomen die zijn ingegeven door de wensen van één of meer bepaalde cliënten van de Dealer. Wanneer een belegger een bepaald bedrag (voor relatief korte tijd) te beleggen heeft en daarvoor een zeker rendement zoekt, kan hij via de Dealer een aan zijn voorwaarden beantwoordende bestemming zoeken. De Dealers zullen hun cliënten het CP programma onder de aandacht brengen d.m.v. een informatiebulletin.²⁴⁾ In dat bulletin wordt onder andere verwezen naar de voorwaarden zoals die zijn opgenomen in de Global Note.²⁵⁾ Wanneer het initiatief van beleggers uitgaat, wordt wel gesproken van een 'investor driven' uitgifte.

Andersom kan natuurlijk de emittent, wanneer hij behoefte heeft aan bepaalde leningen, de Dealers benaderen met het verzoek na te gaan of beleggers op de gewenste financiële voorwaarden bereid zijn leningen te verstrekken.

Wat betreft de betaling aan de emittent van het ter leen te verstrekken

²⁴⁾ Dat informatiebulletin is vaak kort en voldoet dan niet aan de uitgebreide prospectus-eisen. Voor 15 juni 1992 was een prospectus krachtens de Wet Effectenhandel niet vereist wanneer de beleggers professioneel waren. Gezien de gebruikelijke minimum coupures (de al genoemde Underlying Notes) van f1 miljoen was daarvan sprake. Nadien is CP van de prospectusplicht (zie noot 16) vrijgesteld ingevolge art. 3 van de Vrijstellingsregeling wet toezicht effectenverkeer van 25 maart 1992, mits de coupures minimaal f100.000,- of de tegenwaarde daarvan in andere valuta belopen.

²⁵⁾ Anders dan bij de tijdelijke Global Note bij obligatieleningen (die volstaat met een verwijzing naar de in de prospectus opgenomen voorwaarden), is het bij de permanente Global Note gebruikelijk dat deze de volledige voorwaarden bevat, hetgeen vanwege het permanente karakter natuurlijk ook voor de hand ligt.

bedrag kunnen bij de tussen emittent en Dealer overeengekomen uitgifte van CP twee wegen worden gevolgd.

Allereerst kan de Dealer-overeenkomst (het raamcontract) er in voorzien dat het de eigen verplichting is van de Dealer om het aan de emittent toekomende bedrag van de lening ook daadwerkelijk aan deze te verstrekken. Niet nakoming door de cliënt van de Dealer bevrijdt laatstgenoemde niet van zijn, immers eigen, verplichting.

Ook (en dat komt waarschijnlijk vaker voor) kan de verplichting van de Dealer om het bedrag aan de emittent te betalen onderworpen zijn aan de voorwaarde dat deze het bedrag ook daadwerkelijk van zijn cliënt ontvangt.

Of nu de ene of de andere weg wordt gevolgd, de Dealer zal (vrijwel) nooit de naam van zijn achterman willen noemen. Hij zal de lening derhalve op eigen naam verstrekken of, zo men wil, het CP op eigen naam kopen, betalen en aan zijn cliënt doorverkopen en -leveren. Dat bij de hierboven als tweede geschetste gang van zaken de verplichting van de Dealer om (het bedrag van) de lening daadwerkelijk te verstrekken een voorwaardelijke is, doet niets af aan het feit dat de overeenkomst tussen hem en de emittent is gesloten en dat (behoudens de vervulling van de voorwaarde) zijn cliënt daar buiten staat.

3.2.2.2 *Gebondenheid van de eerste schakel; algemene voorwaardenregeling*

Door aldus op eigen naam te handelen, zijn de Dealers de eerste CP-houders geworden en als zodanig gebonden aan de voorwaarden. Zulks krachtens de Dealer-overeenkomst - die als raamcontract tevens vorm en inhoud van de Global Note en de voorwaarden omvat - gevoegd bij de daarop gebaseerde overeenkomst inzake de desbetreffende, concrete lening.

Daarmee is tevens voldaan aan de eisen van afdeling 6.5.3: de voorwaarden zijn 'bij of voor het sluiten van de overeenkomst' aan de wederpartij 'ter hand gesteld'; maken immers (zelfs 'fysiek') deel uit van die overeenkomst.

Voorzover niettemin sprake zou zijn van (echte) vertegenwoordiging door de Dealer van zijn cliënt, geldt onverkort hetgeen hiervoor, vooral aan het slot van subparagraaf 3.1.3.3 en in subparagraaf. 3.1.3.4 is opgemerkt. In dat geval is de cliënt van de Dealer de eerste schakel, die krachtens vertegenwoordiging door die Dealer gebonden is.²⁶⁾

²⁶⁾ Of sprake is van middellijke vertegenwoordiging kan overigens wel relevant zijn voor de vraag of de belegger bij levering door de emittent direct eigenaar kan worden van (zijn portie van) de Global Note. Art. 3:110 kan bij middellijke vertegenwoordiging directe verkrijging voor de opdrachtgever meebrengen.

3.2.3.1 *Tweede wijze van uitgifte: Dealer vertegenwoordigt emittent*

Bij de twee voorgaande subparagrafen was het uitgangspunt dat de Dealer de concrete overeenkomst tot uitgifte van CP sluit met (en als wederpartij optreedt van) de emittent, daarbij mogelijk handelend als (middellijk) vertegenwoordiger van de belegger. Het is echter ook denkbaar dat de Dealer optreedt als vertegenwoordiger van de emittent en in diens opdracht op zoek gaat naar beleggers en daar namens de emittent overeenkomsten mee sluit.

Voorzover de Dealer als zodanig transacties met zichzelf als wederpartij wil sluiten, danwel gelijktijdig wil optreden als lasthebber zowel van de emittent als van de belegger moet hij, voorzover Nederlands recht van toepassing is, rekening houden met de artt. 7:409 en 410. Die stellen daaraan in beginsel de voorwaarde dat de inhoud van de rechtshandeling 'zo nauwkeurig moet vaststaan dat' belangenstrijd is uitgesloten. Handelen in strijd met die voorwaarde leidt doorgaans tot aansprakelijkheid van de lasthebber en verlies van het recht op loon.²⁷⁾

3.2.3.2 *Algemene voorwaardenregeling.*

Voorzover de Dealer optreedt als vertegenwoordiger van de emittent, is de situatie vergelijkbaar met die van de hierboven beschreven uitgifte van obligatieleningen door middel van uitnodiging per advertentie. Wat betreft de eisen die afdeling 6.5.3 aan de toepassing van algemene voorwaarden stelt, geldt ook hier wat hiervoor in subparagraaf 3.1.2.2 geschreven is. Emittent en Dealer zullen in beginsel de nodige maatregelen moeten treffen om de belegger voor of bij het sluiten van de CP-lening de voorwaarden ter hand te stellen. Wel kan er op gewezen worden dat vanwege de grote coupures waarin CP doorgaans wordt uitgegeven (zie noot 24), dergelijk papier (anders dan obligaties) uitsluitend bij professionele beleggers geplaatst pleegt te worden. Dat zijn beleggers die veelal zullen vallen onder tenminste één van de in art. 6:235 opgenomen uitzonderingen. Men komt dan een beroep op art. 6:233 sub b niet toe; de normale regels zullen van toepassing zijn.

3.3 *Additioneel argument voor gebondenheid: karakter van het verkregen*

Wat betreft de algemene voorwaardenregeling in gevallen als de onderhavige bestaat er een belangrijk argument vóór een niet al te strenge toepassing daarvan, althans waar het de *toezending* van de voorwaarden betreft. Dat argument is gelegen in het karakter van hetgeen de (eerste) houder verkrijgt. De verkrijger weet dat hij een toondervorde-

ring verwerft, dat wil zeggen een gemakkelijk verhandelbare vordering. Als die gemakkelijke verhandelbaarheid niet zou bestaan, zouden instrumenten als obligatieleningen een groot deel van hun aantrekkelijkheid als beleggingsobject verliezen.

Hij weet bovendien dat toondervorderingen uit hun aard wel belichaamd moeten zijn in een papier (anders niet als zodanig bestaanbaar). Wie niet eerst inzage vraagt in hoe dat te verwerven papier er uit ziet of anderszins informeert naar de inhoud ervan, neemt het risico op zich dat hij iets anders krijgt dan verwacht. Wie zonder zich nader te informeren een niet nader omschreven auto koopt, moet zich er niet over beklagen dat deze zwart van kleur blijkt te zijn in plaats van de witte die men had gehoopt te zullen krijgen. Wie door de koop van een toonderstuk toetreedt tot de daarin uitgedrukte rechtsverhouding, doch zich daaromtrent niet nader informeert, moet zulks later niet tegenwerpen aan de emittent.²⁸⁾

4. **Gebondenheid aan de voorwaarden: de opvolgende verkrijgers**

In het voorgaande hoofdstuk is vastgesteld op welke wijze de eerste verkrijger aan de voorwaarden is gebonden. Die eerste verkrijgers zijn, zo zagen wij, hetzij (bij de obligatielening) de leden van het consortium respectievelijk (bij CP) de Dealers die allen aan de voorwaarden zijn gebonden op grond van hun met de emittent gesloten overeenkomsten inzake de uitgifte, hetzij de beleggers die òf op grond van hun inschrijving op een obligatielening (en wat daar bij hoort) aan de voorwaarden worden gebonden, òf op grond van vertegenwoordiging door de consortiumleden/Dealers die het waardepapier voor (rekening van) hun cliënten/beleggers hebben gekocht. Thans kan worden nagegaan hoe en in hoeverre vervolgens de latere verkrijgers van het vorderingsrecht aan die voorwaarden gebonden worden.

4.1 *Algemene regels bij overgang van vorderingsrechten*

Bij cessie geldt de regel dat de debitor cessus als gevolg van overgang van de vordering van cedent op cessionaris, rechtens niet in een ongunstiger positie mag komen. De cessionaris zet de persoon van de schuldeiser voort en krijgt, waar het de overgedragen schuldvordering betreft, een aan die van de cedent volkomen gelijkwaardige rechtspositie. De regel is een logisch gevolg van het zakenrechtelijke beginsel: 'nemo

²⁷⁾ Zie nader o.m. J.G.A. Linssen en A.C. van Schaick, *Advocatenblad* 1992, p. 290/291.

²⁸⁾ Vgl. het hierna in paragraaf 5.3.2 nader aan de orde komende arrest HR 15 april 1977, *NJ* 1978, 163 m.nt. JMMM.

plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet'.²⁹⁾ In het BW is de op dit beginsel gebaseerde, aloude regel thans gecodificeerd in (vooral) art. 6:145: 'Overgang van een vordering laat de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet.' Zie ook art. 6:130 inzake verrekening na cessie.

Dit heeft bijvoorbeeld tot resultaat dat, wanneer het overgedragen vorderingsrecht voortvloeit uit een overeenkomst en de cedent (wiens tegenover het vorderingsrecht staande verplichtingen uit de overeenkomst niet op de cessionaris zijn overgegaan) onder die overeenkomst jegens de debiteur wanprestatie pleegt of heeft gepleegd, de debiteur een eventueel daaruit voortvloeiende exceptio non adimpleti contractus (art. 6:262) aan de cessionaris kan tegenwerpen, ook als deze van die wanprestatie niet afwist. Een eventuele verklaring tot ontbinding van de overeenkomst zal de debiteur (uiteraard) weer wel tot de oude crediteur moeten richten, evenals de vordering tot nakoming en die tot vergoeding van door de niet nakoming geleden schade. Hetzelfde geldt voor de verklaring tot vernietiging van de overeenkomst op grond van bijvoorbeeld dwaling. De cessionaris is de cedent alleen opgevolgd in (het recht op nakoming van) de overgedragen vordering; cessie is (in beginsel) geen contractoverneming.

Komt de ontbinding echter tot stand, of wordt de overeenkomst wegens dwaling of op andere gronden vernietigd, dan kan daarop (en op het dientengevolge vervallen of verminderd zijn van het door debiteur verschuldigde bedrag) wel een beroep worden gedaan jegens de nieuwe crediteur.³⁰⁾

²⁹⁾ Vgl. J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlands burgerlijk recht*, diss. 1937, p. 253-255, 305 en 312. Van welk gewicht deze regel voor ons burgerlijk recht is en hoezeer het recht van dat beginsel doortrokken is, wordt geïllustreerd door bijv. uitspraken als HR 28 april 1989, NJ 1990, 252 m.nt. WMK (inzake Van Essen/NMB betreffende de eigendom van een puinbreekinstallatie) en HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.nt. HJS (inzake Van Berkel/Tribosa). Ik wijs ook op de artt. 3:168 lid 4, 291, 6:11 en 53; vgl. ook 6:108, 149 en 158.

³⁰⁾ Zie TM bij art. 6:145 (6.2.1.4) *Parl. Gesch. Boek 6* p. 537; *Hofmann* (1, tweede gedeelte)/*Van Opstall/Abas* (1977) p. 281 en *Asser/Hartkamp I* (1992) nrs. 569 e.v.. Hetgeen Hartkamp in nr. 571 opmerkt inzake het beroep op matiging bij schadevergoeding, misleidde mij aanvankelijk. Hij merkt op dat dat beroep geen verweermiddel is. Uit die opmerking moet men echter niet de conclusie trekken dat na overgang van het vorderingsrecht tot schadevergoeding, jegens de nieuwe crediteur geen beroep op matiging meer kan worden gedaan. Men kan zich in het kader van de matiging alleen niet beroepen op omstandigheden die de vorige crediteur betroffen. Van belang zijn slechts de tussen de aangesprokene en de nieuwe schuldeiser bestaande omstandigheden, bijv. hun beider draagkracht (aldus Hartkamp in nr. 494). Het matigingsrecht bestaat dus wel in maar in aangepaste vorm. Iets ongerijms zit er wel in Hartkamps visie. De positie van de debiteur kan slechter (zij het ook beter) worden enkel als gevolg van de cessie. Bovendien betreft de matiging uitsluitend de materiële inhoud van het vorderingsrecht dat is overgegaan en de omvang van de vordering, zodat ook niet direct duidelijk is waarom het hier niet gaat om een verweermiddel. Men kan daartegenover, ter ondersteuning van Hartkamps visie, betogen dat de rechtvaardiging voor het zich aanpassen van het matigingsrecht gelegen is in de aard ervan, meer speciaal dat het hier een discretionaire bevoegdheid van de rechter betreft, reden waarom het ook geen verweermiddel is. Het voert te ver hier nu dieper op in te gaan.

(Men lette daarbij overigens wel op het bepaalde in art. 6:149.)

Voorbeelden van verweermiddelen zijn voorts: een beroep op verjaring, op een opschortende voorwaarde en dat op een tijdsbepaling. Ook heeft de schuldenaar de bevoegdheid om bijvoorbeeld een aan de vordering verbonden arbitragebeding aan zijn nieuwe crediteur tegen te werpen.³¹⁾

4.2 Algemene regels bij order- en toonderstukken

Het BW bevat ten aanzien van order- en toonderpapieren algemene bepalingen die de mogelijkheid voor de debiteur beperken om zich op verweermiddelen te beroepen. Die beperkingen zijn ingegeven door het feit dat een waardepapier bedoeld is om zelfstandig en gemakkelijk verhandelbaar te zijn en de vordering die daarin belichaamd is, daaruit in beginsel volledig kenbaar moet zijn.

Art. 6:146 bepaalt dat na een overdracht op de voet van art. 3:93 (en alleen dan!³²⁾), de schuldenaar een verweermiddel, gegrond op zijn verhouding tot een vorige schuldeiser, niet aan de verkrijger en diens rechtsoptvolgers kan tegenwerpen, tenzij het verweermiddel ten tijde van de overdracht bekend was aan de verkrijger³³⁾ of voor hem kenbaar³⁴⁾ uit het papier. Art. 6:147 handelt over tegen de wil van de emittent in omloop gebrachte, alsmede over vervalste waardepapieren. Er zijn nog andere voor verweermiddelen van belang zijnde bepalingen, maar ik zal nu eerst bij deze twee stilstaan.

³¹⁾ VV II en MvA II bij art. 6:145 (6.2.1.4 lid 1) *Parl. Gesch. Boek 6* p. 542/543.

³²⁾ De bescherming die artt. 6:146 en 147 aan verkrijgers van waardepapier bieden, wordt dus niet toegekend bij andere vormen van verkrijging van waardepapieren zoals bijv. door cessie, subrogatie, erfopvolging of boedelmenging bij huwelijk; aldus TM bij het toenmalige tweede lid van art. 6:145 (6.2.1.4) *Parl. Gesch. Boek 6* p. 540, alsmede TM bij art. 6:147 (6.2.1.5) *Parl. Gesch. Boek 6* p. 549 eerste volle alinea.

³³⁾ Voor de goede orde: het niet-bekend zijn bij enige verkrijger beschermt - zoals uit de tekst van de wet voortvloeit - ook zijn opvolgers, zelfs al wisten die ten tijde van hun eigen verkrijging wel hoe de vork in de steel zat. Zie TM *Parl. Gesch. Boek 6* p. 539 en B. van Marwijk Kooy, *Overgang van vorderingen en schulden*, Mon. NBW B-44 (1985) p. 18.

³⁴⁾ In MvA II bij art. 6:146 (6.2.1.4a) wordt opgemerkt dat voor kenbaarheid van het verweer uit het papier niet wordt vereist dat het verweermiddel volledig in het papier wordt omschreven (*Parl. Gesch. Boek 6* p. 545).

4.2.1 Absolute verweermiddelen

4.2.1.1 Algemeen

Traditioneel wordt bij waardepapieren onderscheid gemaakt tussen absolute en relatieve verweermiddelen. De eerste kunnen wel tegen opvolgende verkrijgers worden tegengeworpen, de tweede (thans in art. 6:146 lid 1 omschreven als: verweermiddelen gegrond op de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en een vorige schuldeiser) alleen als de verkrijger (en zijn voorgangers) op de hoogte waren van het bestaan van deze verweermiddelen (of deze uit het papier kenbaar zijn). Met absolute verweermiddelen heeft de Toelichting Meijers het oog op

‘verweren die (op het moment van de verkrijging) kenbaar waren hetzij uit het papier - zoals vormgebreken van het papier, verjaring en vervaltermijnen - hetzij uit openbare registers - zoals minderjarigheid - hetzij uit wettelijk voorgeschreven openbare bekendmakingen - zoals curatele en de onbevoegdheid van een orgaan van een rechtspersoon. Onder deze omschrijving valt niet een geestelijke stoornis die niet tot handelingsonbekwaamheid ingevolge curatele [...] heeft geleid.’³⁵⁾

De grenzen van een beroep op onbekwaamheid of onbevoegdheid zijn naderhand, in het huidige art. 6:146 lid 2 nog wat nauwer getrokken. Er kan slechts een beroep op worden gedaan voorzover de onbekwaamheid of onbevoegdheid blijkt uit die registers die specifiek bedoeld zijn om daaromtrent informatie te verschaffen.³⁶⁾ Een openbare bekendmaking is niet meer voldoende,³⁷⁾ evenmin als het uit *enig* register blijken van de relevante informatie.

4.2.1.2 Valsheid van het papier; authenticatie van Global Notes en obligaties

Valsheid van het papier is, als een absoluut verweermiddel, aan opvolgende houders tegen te werpen. Dat ligt voor de hand. Een vals waardepapier is geen waardepapier al heeft het de schijn van echtheid. Vals geld, hoe knap ook gedrukt, is géén geld en heeft geen waarde. Een vals waardepapier heeft, ingevolge art. 6:147, alleen waarde indien het aan degene die volgens dat papier de schuldenaar is, is toe te rekenen

³⁵⁾ TM bij het toenmalige lid 2 van art. 6:145 (6.2.1.4), *Parl. Gesch. Boek 6* p. 538. Zie voor een definitie van wat absolute en relatieve verweermiddelen zijn voorts *Polak/Schelltema/Wiarda*, *Wissel- en chequerecht* (1950) p. 164/165.

³⁶⁾ Zie daarover nader MvA II bij art. 6:146 (6.2.1.4a) *Parl. Gesch. Boek 6* p. 546/547. Daar wordt t.a.v. de absolute verweren onder meer opgemerkt: ‘Hetgeen uit de openbare registers blijkt kan slechts van belang zijn voor twee verweren: dat van onbekwaamheid (minderjarigheid, curatele) van de uitgever en dat van de onbevoegdheid van de uitgever of van degene die bij de uitgifte als vertegenwoordiger optrad. De andere zogenaamde absolute verweermiddelen zijn steeds uit het papier zelf kenbaar.’

³⁷⁾ N.B. dat de MvA II er op wijst dat art. 6:146 lid 2 daarmee derogeeert aan de artt. 3:75 en 76.

dat de handtekening vals of het papier vervalst is. De Toelichting Meijers wijst erop

‘dat niet van een vervalsing gesproken kan worden, indien de ondertekenaar welbewust een onvolledig papier uitgeeft en de nemer dit op een andere wijze volledig maakt dan met de uitgever was overeengekomen; het abus de blanc seing is een extreem voorbeeld hiervan. In dat geval is ten volle de ratio van [art. 6:146] aanwezig, en behoort de uitgever volgens het onjuist ingevulde stuk gebonden te zijn tegenover latere houders te goeder trouw.’³⁸⁾

In dit verband wijs ik op het volgende. Bij in voorraad gehouden, nog niet uitgegeven Global Notes is het gebruikelijk dat deze reeds voorzien zijn van de (al dan niet facsimile) handtekening van de emittent. Een bedrag is dan nog niet ingevuld. Deze blanco Notes worden bewaard door (veelal) een bank die voor de emittent (in spél) optreedt als uitgifte agent (de zgn. ‘Issue Agent’). Om de Global Note bij de uitgifte geldigheid te geven, is invulling van het bedrag nodig, maar ook nog een zogenaamde authenticatie. Die authenticatie bestaat uit het (na het invullen van het bedrag) op de Note plaatsen van een handtekening door (bevoegde employees van) de voor de emittent optredende uitgifte agent.

Bovengenoemd citaat uit de Toelichting Meijers ziet op het geval dat de *nemer* het nog niet ingevulde papier reeds van de emittent ter hand gesteld heeft gekregen en deze het stuk vervolgens op andere dan de overeengekomen wijze (met name met een hoger bedrag) volledig maakt. Dat geval doet zich niet voor wanneer iemand bijvoorbeeld een blanco en *niet* door de uitgifte agent geauthenticeerde Note uit diens kluisen ontvreemdt, vervolgens zelf voorziet van een bedrag en de authenticatie vervalst. De als emittent op het stuk vermelde (rechts-) persoon is daarmee dus niet gebonden. Art. 6:147 blijft van toepassing zodra er op enig onderdeel een vervalsing in het spel is.

Overigens kan zich dit bij Global Notes niet spoedig voordoen, omdat de rechten daaronder, zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet, uitsluitend via clearing instituten plegen te worden geadministreerd (en uitbetaald). Soms is die clearing in de voorwaarden van de Global Note zelfs geformuleerd als (aan verkrijgers tegen te werpen) voorwaarde voor geldigheid ervan. Bovendien zal een verkrijger van een Global Note niet spoedig te goeder trouw zijn, wanneer hij, in strijd met het gebruik van clearing, een niet op speciaal papier gedrukt toonderdocument ter waarde van (vaak) tientallen miljoenen gulden aangeboden krijgt.

³⁸⁾ *Parl. Gesch. Boek 6* p. 548/549

Bij obligaties is het risico iets groter dat zich zo iets voordoet. Ook daar is vaak nog een extra authenticatiehandeling van de uitgifte agent vereist. Wordt een (obligatie uit de kluizen ontvreemd en wordt daarop vervolgens een) authenticatie gefingeerd, dan hebben we opnieuw te maken met een vervalsing en is art. 6:147 van toepassing. De pseudo-emittent is niet gebonden, tenzij hem een en ander is toe te rekenen.³⁹⁾

Situaties waarin drie partijen bij een waardepapier betrokken zijn (zoals bij de wissel: trekker, nemer en schuldenaar) en bijvoorbeeld de handtekening van de trekker vervalst is, maar de schuldenaar desalniettemin accepteert, laat ik hier onbesproken.⁴⁰⁾ Daarvan is bij obligatielingen en CP geen sprake.

4.2.2 Relatieve verweermiddelen

Relatieve verweermiddelen zijn als gezegd die verweermiddelen die zijn gegrond op de rechtsverhouding van de schuldenaar met een eerdere crediteur.⁴¹⁾ Anders dan bij cessie (zie hiervoor) kunnen deze volgens de hoofdregel bij waardepapieren niet aan een latere verkrijger tegen-gevoerd worden, tenzij deze (met de in noot 33 vermelde correctie) daarvan wetenschap droeg⁴²⁾ of de verweermiddelen uit het papier kenbaar waren. Of de verweermiddelen voor of na de overdracht zijn ontstaan doet niet terzake. De Toelichting Meijers, bevat met betrekking tot de hoofdregel bij waardepapieren onder meer de volgende uiteenzetting:

‘Zo mist de schuldenaar krachtens de hoofdregel [...] bij voorbeeld de mogelijkheid de vordering van de opvolgende houder af te weren door middel van ontbinding wegens een door de oorspronkelijke houder (de wederpartij van de schuldenaar) gepleegde wanprestatie, ongeacht of de wanprestatie vóór dan wel na de overdracht van de vordering was geschied.

Het voorgaande wil niet zeggen dat een bevoegdheid als die tot ontbinding of vernietiging van de overeenkomst tussen de schuldenaar en een vroegere houder zelve

³⁹⁾ Dat die toerekenbaarheid in het algemeen niet gemakkelijk mag worden aangenomen leert HR 7 februari 1992, *RvdW* 46 (Kamerling/Aro lease) betreffende een vervalste handtekening onder een lease contract. Voor toerekenbaarheid, zo valt uit dat arrest af te leiden, is verwijtbaarheid noodzakelijk bij degene wiens handtekening is vervalst (of misbruikt: Kamerling was mogelijk door gebruik van door haar eerder ingevulde blanco formulieren als eigenaresse van het desbetreffende bedrijf in het handelsregister vermeld). Het arrest lijkt weinig of geen ruimte te laten voor toerekening op grond van hetgeen naar verkeersopvattingen voor iemands rekening komt. Zie daarover o.m. H.C.F. Schoordijk, De rechtsgevolgen van een valse handtekening onder een eurocheque, *NJB* 1989 p. 289/290.

⁴¹⁾ De definitie die in *Polak/Scheltema/Wiarda* wordt gebruikt (p. 165) is weliswaar iets zuiverder (mits men daarbij de in par. 4.2.1.1 hiervoor gereleveerde aanscherping betreffende publicatie in registers in aanmerking neemt), maar voor het doeleinde van de onderhavige paragraaf volstaat mijn, iets te korte definitie.

⁴²⁾ Wetenschap betekent hier: daadwerkelijke wetenschap; *behoren* te weten is niet voldoende. Zie *TM, Parl. Gesch. Boek 6* p. 538 eerste volle alinea en p. 539 eerste volle alinea, alsmede *Van Marwijk Kooy*, Mon. NBW B-44 p. 16.

teloord gaat. De overdracht laat dergelijke bevoegdheden - die niet speciaal op de overgedragen vordering maar op de gehele rechtsverhouding tot vroegere schuldeiser betrekking hebben onverlet, maar de schuldenaar kan aan de bevoegdheid geen verweer tegen de vordering van de opvolgende houder ontlenen.⁴³⁾

Voor wat betreft het vereiste dat een (relatief) verweermiddel kenbaar moet zijn uit het papier, moet men er dan ook op bedacht zijn dat daaraan als regel niet reeds is voldaan wanneer het verweermiddel *als zodanig* (in abstracto dus) in het papier is uitgedrukt. De verkrijger zal tevens kenbaar moeten zijn geweest dat zich jegens een vorige crediteur *omstandigheden* hebben voorgedaan die een beroep op het uit het papier kenbare verweermiddel rechtvaardigen. Wanneer bijvoorbeeld de vorige houder van het toonderstuk een verplichting heeft verzaakt die uit zijn crediteurschap voortvloeide (zie over dergelijke verplichtingen van de crediteur nader het volgende hoofdstuk) en zulks voor de emittent een opschortingsrecht oplevert, dan kan dat opschortingsrecht niet tegen de opvolgend verkrijger worden tegengeworpen, tenzij uit het papier kenbaar is dat de verplichting werd verzaakt danwel de verkrijger daadwerkelijk wetenschap droeg van de niet nakoming door zijn voorganger van die crediteurverplichting.

Wat betreft het uit het papier kenbaar moeten zijn van een (relatief) verweermiddel merk ik anderzijds op dat *niet* nodig is dat uit de wet voortvloeiende verweermiddelen in het papier worden uitgedrukt en herhaald. Dergelijke verweermiddelen (zoals het opschortingsrecht) kunnen tegen opvolgende schuldeisers worden tegengeworpen, omdat het wegens het objectieve recht uit de aard der verbintenis voortvloeit.⁴⁴⁾ Het recht van de emittent om zich op de e.n.a.c. te beroepen hoeft dus niet ook nog eens in het waardepapier te worden uitgedrukt. Wel blijft onverlet mijn eerste opmerking dat de opvolgend crediteur als regel geweten moet hebben (of uit het papier kenbaar heeft moeten kunnen zijn) dat er sprake was van niet nakoming door een eerder crediteur jegens de emittent.⁴⁵⁾

⁴³⁾ *TM, Parl. Gesch. Boek 6* p. 538/539.

⁴⁴⁾ Vgl. Advies Raad van State en Rapport van de minister aan de Koningin, inzake (toen nog) art. 6.2.1.4 lid 2 (thans 6:146) *Parl. Gesch. Boek 6* p. 541/542.

⁴⁵⁾ Dat laatste kan in bepaalde omstandigheden overigens toch weer anders zijn, met name als het papier of de wet zegt dat de krachtens het papier te verrichten prestatie afhankelijk is van eventuele verweermiddelen uit een overeenkomst waarnaar het papier verwijst. Zo bijv. het connossement dat in verband staat met de vervoersovereenkomst; zie daarover Raad van State en minister in hun in de vorige noot vermelde Advies resp. Rapport, alsmede *Van Marwijk Kooy*, Mon. NBW B-44 p. 17. Zie ook mijn opmerkingen in par. 5.2.3 hierna.

4.2.3 Nogmaals art. 6:147; het tegen de wil van emittent in omloop komen van geldige waardepapieren

In dit verband wijs ik erop dat art. 6:147 niet alleen vervalsingen regelt maar ook betrekking heeft op gevallen waarin geheel *geldige* en complete waardepapieren buiten de wil van degene die daarin als schuldenaar vermeld staat (en niet aan hem toerekenbaar) in omloop zijn gekomen. Het gaat dan om waardepapieren waarvoor een daaraan ten grondslag liggende overeenkomst ontbreekt. In het licht van de zojuist besproken hoofdregel inzake relatieve verweermiddelen, is dat eigenlijk een merkwaardige bepaling.

De normaliter geldende hoofdregel brengt mee dat bijvoorbeeld een beroep op dwaling, waarmee de overeenkomst die de grondslag vormde voor de uitgifte van waardepapieren vernietigd wordt, niet aan de te goeder trouw zijnde verkrijger van het waardepapier kan worden tegengeworpen. Deze behoudt zijn recht op uitbetaling. Het verweermiddel betreft uitsluitend de rechtsverhouding tussen debiteur en een vroegere crediteur en is ook niet kenbaar uit het papier.

Voor alle absolute verweermiddelen kan men (met enige goede wil) zeggen dat kennis daaromtrent algemeen toegankelijk (registers), danwel uit het papier kenbaar is. Ik schrijf: met enige goede wil, omdat een vervalsing, een valse handtekening of een valse authenticatie niet altijd gemakkelijk te herkennen zullen zijn (maar niettemin wel tegengeworpen kunnen worden). Maar: aan de hand van onderzoek aan het papier zelf is in beginsel te ontdekken dat het vals is.

Ofwel het betreft geheel gefingeerde handtekeningen, ofwel de vervalsing wordt vastgesteld doordat degene wiens handtekening werd nagebootst (ondertekenaar namens emittent of uitgifte agent) bevestigt dat hij dat stuk niet heeft getekend. 'Kenbaar' uit het papier dus, immers aan de hand daarvan vast te stellen.⁴⁶⁾

Dat nu is in het hier besproken, door art. 6:147 geregelde geval van het ontbreken van een overeenkomst niet aan de orde. Van 'kenbaarheid' is hier net zo min sprake als wanneer die overeenkomst wegens dwaling wordt vernietigd (en de verkrijger van het waardepapier wel wordt beschermd). Weliswaar is een essentieel punt van verschil tussen deze twee gevallen dat bij het ontbreken van de overeenkomst de emittent niet heeft meegewerkt aan het in het verkeer brengen van de (geldige) stukken en in het geval van de dwaling wel, maar uit het oogpunt van de belangen van het handelsverkeer die meebrengen dat men er op mag rekenen dat men recht heeft op uitbetaling van een voor gemakkelijke

⁴⁶⁾ Vgl. ook de (laatste volzin van de) in noot 36 geciteerde passage uit de MvA.

verhandeling en overdracht bestemd waardepapier - uiteraard mits het geen vervalsing blijkt te zijn - is deze bepaling te betreuren. Men heeft er als verkrijger van waardepapieren dus ook nog mee te rekenen dat de stukken, hoewel geheel geldig, (niet vervalst, niet onbevoegd ondertekend, niet onbevoegd geauthenticeerd) toch niet tot uitbetaling leiden.

Met name het benutten van de mogelijkheid van authenticatie door een uitgifte agent kan iemand behoeden voor risico's wanneer het gaat om gedrukte en reeds van emittents (facsimile) handtekening voorziene stukken. Een emittent heeft het aldus zelf in de hand er voor te zorgen dat er altijd nog een laatste, extra stap nodig is om stukken geldig te maken. Het niet treffen van die voorzorgsmaatregel is zijn eigen keuze en behoort, nu het voor gemakkelijke overdracht en handelbaarheid bestemde stukken betreft, voor rekening van emittent te blijven.⁴⁷⁾

In het licht van de bepaling van art. 6:147 zoals dat nu luidt en zoals die bepaling door de wetgever bedoeld is, doet de opmerking in de MvA bij art. 6:146 dat

'het in de literatuur ook wel als absoluut beschouwde verweermiddel van *vis absoluta*, dat overigens ook moeilijk uit openbare register kan blijken, in het ontwerp te recht niet als zodanig voorkomt',⁴⁸⁾

wel wat wonderlijk aan.

4.2.4 Afsluiting wettelijke regeling verweermiddelen waardepapieren

Afgezien van de vorige paragraaf kan bij waardepapieren in het algemeen (speciale regels voor wissels, cheques, cognossementen e.d.m. heb ik laten rusten, nu die voor mijn onderwerp niet van direct belang waren) worden gezegd dat verweermiddelen alleen dan kunnen worden

⁴⁷⁾ Ik ben het dan ook eens met Schoordijk dat de te goeder trouw zijnde koper van een bij de ondertekenaar gestolen, geldig (order- of) toonderstuk bescherming verdient, zij het op andere gronden. Dat het stuk reeds de handtekening van emittent bevat, is voor mij onvoldoende. Doorslaggevend acht ik dat het *geen vervalsing* betreft. Ook ben ik het niet met Schoordijk eens dat die bescherming tevens zou (moeten) gelden bij vorderingen op naam en de alvast door de schuldenaar in spé getekende schuldbekentenis bij deze gestolen wordt. Daarbij gaat het niet om voor gemakkelijke overdracht en handelbaarheid bestemde (waarde)papieren. Niet valt in te zien dat vernietiging van de onderliggende overeenkomst wegens dwaling wel, maar het ontbreken van die overeenkomst niet aan cessionarissen tegengeworpen zou kunnen worden. Art. 6:145 blijft m.i. zijn volle beding behouden. Het voert te ver thans dieper op deze kwestie in te gaan. Zie H.C.F. Schoordijk, 'Een greep uit de ontwikkeling van het waardepapier. De positie van de koper van een bij de ondertekenaar gestolen order- of toonderstuk', *150 jaar Wetboek van Koophandel* (1989) p. 67 e.v.. Zie over de kwestie van bij de emittent gestolen waardepapier ook *Van Marwijk Kooy*, Mon. NBW B-44 p. 20.

⁴⁸⁾ MvA II, *Parl. Gesch. Boek* 6 p. 546 onderaan.

tegengeworpen aan opvolgende verkrijgers wanneer zij (en hun voorgangers) van de werkelijke situatie op de hoogte waren, danwel het verweermiddel berust op algemeen toegankelijke informatie (registers) of kenbaar is uit het papier (waarbij in de wet neergelegde - potentiële - verweermiddelen van de emittent niet nog eens hoeven te worden herhaald), vervalsingen van dat papier daaronder begrepen.

Enkele (waarschijnlijk zeer zeldzame) gevallen van onbekwaamheid en (extern werkende) onbevoegdheid daargelaten is de regel betreffende 'kenbaarheid uit het papier' voor emittenten in de praktijk (waarschijnlijk) de belangrijkste. Allereerst zijn zij (behoudens art. 6:147) niet 'aansprakelijk' voor vervalsingen. Bovendien - en daar gaat het in dit preadvies om - kan de emittent aan opvolgende verkrijgers van door hem uitgegeven (order- of) toonderstukken alle verweermiddelen tegenwerpen die hij kan ontleen aan de in die stukken van toepassing verklaarde voorwaarden van de geldlening.

De gedachte die uit het kenbaarheidsvereiste naar voren komt, is dat het toonderpapier in beginsel alle aspecten van de vordering moet weergeven. Ook de resterende, nog niet vermelde wetsartikelen die van belang zijn in verband met verweermiddelen, zijn in overeenstemming met die achterliggende gedachte.

Zo bepaalt art. 6:128 dat de houder van een toonderstuk bij verrekening de verrekeningsverklaring op het papier moet aantekenen, danwel het papier moet vernietigen of anderszins waardeloos maken.

Art. 6:130 lid 3 brengt mee dat na overgang van een vordering aan toonder (overigens ook hier: mits die overgang overeenkomstig art. 3:93 is geschied) geen verrekening door de *schuldenaar* mogelijk is terzake van een tegenvordering op de oorspronkelijke crediteur.

Ik wijs tenslotte op art. 6:161 lid 2 sub b: een toondervordering gaat niet door vermenging teniet. De emittent die een door hem uitgegeven obligatie inkoopt, kan deze dus ook weer verkopen, zonder dat dat als een (her)nieuw(de) uitgifte moet worden beschouwd.

4.3 *Opnieuw het karakter van het toonderstuk als argument voor gebondenheid aan de voorwaarden*

4.3.1 *Toondervordering als 'zaak'*

De toondervordering wordt, vanwege zijn noodzakelijke belichaming in een papier, een stoffelijk object, tot op grote hoogte behandeld als een zaak.⁴⁹⁾ We hebben in hoofdstuk 2 gezien dat overdracht op gelijk-

⁴⁹⁾ Vgl. noot 9 alsmede de volgende passage uit MvA II bij art. 3:115 (3.5.9):

'Naar het oordeel van de ondergetekende behoort in dit artikel naast "het bezit van een zaak" niet met name het bezit van een recht aan toonder te worden genoemd. Bezit van een recht aan toonder manifesteert zich wegens het bijzondere karakter van dit recht in het algemeen →

ke wijze plaatsvindt als die van een zaak. De overdracht van het papier is tevens de overdracht van de vordering. Met het verkrijgen van het papier, wordt de vordering verkregen. Wat betreft de beperkingen aan de vordering hebben we in het onderhavige hoofdstuk vastgesteld dat de verkrijger (behoudens de eventuele wetenschap die hij bezit) in beginsel alleen hoeft te letten op wat dat papier aan gegevens bevat of (met het oog op wettelijke verweermiddelen) impliceert omtrent eventuele beperkingen die aan het vorderingsrecht verbonden zijn.

Anderzijds zal de verkrijger hetgeen uit het papier blijkt dan ook tegen zich moeten laten werken. Met het verkrijgen van het papier wordt de vordering verkregen; het papier drukt tevens uit welke voorwaarden (beperkingen) aan de vordering verbonden zijn. Het is reeds daarom buitengewoon moeilijk voor te stellen hoe iemand überhaupt verkrijger van een toonderstuk zou kunnen worden zonder tevens gebonden te worden aan de in dat stuk uitgedrukte beperkingen. Het stuk en het daaruit kenbare is onlosmakelijk met elkaar verbonden. Wie een toonderpapier koopt en geleverd krijgt, krijgt een stuk waarop voorwaarden zijn afgedrukt die daarvan niet los te weken zijn. Ik roep in herinnering hetgeen in paragraaf 3.3 is opgemerkt ten aanzien van de eerste verkrijger. Een en ander geldt a fortiori opvolgende verkrijgers.

4.3.2 *Indien eerdere verkrijger niet was gebonden, wordt zulks 'geheeld' door overdracht ex art. 3:93*

Zoals in hoofdstuk 2 geschetst, lijdt het, gezien de gebruikelijke gang van zaken bij de uitgifte van de daar bedoelde toonderstukken weinig twijfel dat de eerste verkrijger gebonden is aan de voorwaarden van de lening. In het minder waarschijnlijke geval dat dat niet zo zou zijn, komt het mij weinig aannemelijk voor, dat hij die positie van niet gebonden zijn aan niettemin in het papier uitgedrukte voorwaarden aan de verkrijger zou kunnen doorgeven door overdracht van (het bezit van) het papier waarin die beperkingen nu juist wel zijn uitgedrukt. Mij wil het voorkomen dat de vervreemder die positie alleen d.m.v. een cessie aan de verkrijger zou kunnen overdragen; immers beoogt men niet meer de vordering zoals belichaamd in het papier over te dragen, maar een andere die aan minder beperkingen onderworpen zou zijn. Heeft eenmaal overdracht van de vordering op de wijze van art. 3:93 (overdracht van het papier) plaatsgevonden en is cessie achterwege gebleven, dan is de vervreemder (nu die geen vordering meer heeft op

in het bezit van het toonderpapier (verg. artikel 3.4.2.6). Bezitsoverdracht van het toonderpapier leidt daarom ook tot een verschaffing van de macht over het recht uit het papier zoals bedoeld in artikel 8. Aangezien dit papier een "zaak" in de zin van het ontwerp is (artikel 3.1.1.1), geldt het onderhavige artikel in de huidige redactie ook voor de bezitsoverdracht van het papier en aldus mede voor de daaruit voortvloeiende bezitsovergang van het recht uit dat papier' (*Parl. Gesch. Boek 3* p. 439).

emittent) zijn gunstige positie kwijtgeraakt. Ik zou menen dat die positie geen nieuw leven meer kan worden ingeblazen en dat cessie achteraf niet meer kan plaatsvinden.

4.4 De aandelen in een Global Note

4.4.1 Regels betreffende toonderstukken van toepassing?

In hoofdstuk 2 heb ik al vermeld dat de Global Note een toonderstuk is, dat in bewaring wordt gehouden door (de common depositary voor) het clearing instituut. Ik heb voorts aangenomen dat op de wijze waarop de overdracht in de praktijk plaatsvindt inderdaad overgang ex art. 3:93 tot stand wordt gebracht. De conclusie moet dan zijn dat bij overgang van aandelen in Global Notes, wat de gebondenheid aan voorwaarden betreft, of beter: waar het betreft het tegenwerpen van mede daaruit voortvloeiende verweermiddelen, de regels betreffende toonderstukken moeten worden toegepast.

Wanneer evenwel overdracht van aandelen op andere wijze plaatsvindt, zijn zoals we zagen (zie ook noot 32), die bijzondere regels niet van toepassing, maar gelden de gewone regels betreffende de overgang van vorderingsrechten (art. 6:145).

Wanneer onverhoopt zou blijken dat de in de praktijk gevolgde handelwijze überhaupt niet leidt tot overdracht van het vorderingsrecht, is er geen verkrijger en komt de vraag van gebondenheid niet aan de orde. Ik ga er in het navolgende van uit dat overdracht ex art. 3:93 heeft plaatsgevonden.

4.4.2 Verweermiddelen uit overeenkomsten met consortium/Dealers niet van belang voor opvolgende verkrijgers

Mits overdracht ex 3:93 plaatsvond, zijn aan de opvolgende verkrijgers van obligaties of CP niet tegen te werpen de eventuele verweermiddelen die de emittent toekwamen op grond van zijn overeenkomst met het consortium respectievelijk op grond van de Dealer-overeenkomst. Allereerst betreft het relatieve verweermiddelen, die niet in de toonderstukken zijn uitgedrukt.

Daar komt bovendien nog bij dat aan de opvolgende verkrijgers de toonderstukken zelf zijn overgedragen (d.w.z.: de ingevolge de overeenkomst met het consortium resp. met de Dealer (uitgegeven en) aan de banken geleverde effecten) en niet de rechten die voor de banken jegens de emittent voortvloeiden uit die overeenkomst (te weten: de verplichting van de emittent om de waardepapieren uit te geven en te leveren). Eventuele gebreken in die overeenkomsten kunnen dan ook reeds daarom geen invloed hebben op de geldigheid van en verplichtingen onder de toonderstukken. Dit is vergelijkbaar met het voldoen van

een geldschuld onder een naderhand vernietigde overeenkomst. Onder die overeenkomst is geld betaald. Als gevolg van de vernietiging moet het geld terug worden gegeven, maar het geld zelf heeft als gevolg van de vernietiging zijn geldigheid en waarde vanzelfsprekend niet verloren. Evenals het aldus betaalde (en terug te betalen) geld door de vernietiging zijn geldigheid niet heeft verloren, hebben ook de ter uitvoering van de overeenkomst met het consortium respectievelijk de Dealers uitgegeven obligaties/Global Notes hun geldigheid niet verloren.

Eventuele gebreken aan de geldleningsovereenkomst zelf zullen overigens ook niet aan opvolgende verkrijgers tegengeworpen kunnen worden, tenzij verkrijger daarvan wetenschap droeg danwel een en ander uit het papier kenbaar was.

4.5 Nogmaals de algemene voorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW

Dit hoofdstuk over de mogelijkheid voor de emittent om de uitleningsvoorwaarden van obligaties en CP voortvloeiende verweermiddelen tegen te werpen aan opvolgende verkrijgers, en daarmee over de gebondenheid van laatstgenoemden aan die voorwaarden, sluit ik af met enkele (voortgezette) beschouwingen over het belang van de algemene voorwaardenregeling na overdracht van (aandelen in) toonderstukken.

4.5.1 De toets van het onredelijke bezwarend zijn

Aangenomen moet worden dat het recht van de eerste houder van een waardepapier om op grond van art. 6:233 sub a een onredelijk bezwarend beding te (doen) vernietigen, mee overgaat op iedere volgende verkrijger. Die vernietigingsmogelijkheid maakt immers deel uit van het samenstel van (potentiële) rechten dat verbonden is aan een (toonder)vordering.

Hier speelt overigens dezelfde problematiek als die welke hiervoor besproken werd (zie noot 30) terzake van (Hartkamps visie betreffende) het matigingsrecht na overgang van een recht op schadevergoeding. Gaat het recht om zich op het onredelijke bezwarend zijn te beroepen over in de oude omvang, of past het zich aan aan de nieuwe situatie? Gelet op tekst en bedoeling van art. 6:233 sub a, ben ik geneigd aan te nemen dat het recht zich aan de nieuwe situatie aanpast. Er moet worden gelet op de omstandigheden zoals die zich voordoen ten tijde van het zich op deze vernietigingsgrond beroepen.

Een vraag die nog zou kunnen rijzen, is of het recht om zich te beroe-

pen op art. 6:233 sub a automatisch mee overgaat. Het beginsel bij overgang van vorderingsrechten is dat alleen die rechten (uit overeenkomst of anderszins) overgaan die specifiek worden overgedragen. Wat niet wordt overgedragen blijft bij de oude rechthebbende. Wat de wijze van overdracht betreft, geldt dat er in beginsel (een) cessie(akte) nodig is, tenzij het desbetreffende recht in een toonderstuk belichaamd is dat op de voet van art. 3:93 wordt overgedragen. Cessie lijkt hier echter een weinig reële eis. Als rechtsgrond voor overgang zonder cessie kan gedacht worden aan art. 6:142 (nevenrechten gaan mee over) danwel (en die grondslag lijkt me de meer juiste) art. 6:251 inzake de overgang van onlosmakelijk met het overgedragen goed verbonden (kwantitatieve) rechten die zonder dat goed zinloos zijn.

4.5.2 Redelijke mogelijkheid om van de voorwaarden kennis te nemen

Anders ligt het bij de in art. 6:233 sub b geregelde materie. De vraag of de gebruiker de wederpartij wel een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, speelt alleen bij de eerste keer dat de voorwaarden van toepassing worden verklaard. Over iedere volgende overdracht heeft de gebruiker, hier de emittent, geen enkele controle. Het kan natuurlijk niet zo zijn dat emittent voor het van toepassing zijn van de voorwaarden van de geldlening afhankelijk zou zijn van steeds weer door iedere verkrijger van het in het toonderstuk belichaamde vorderingsrecht te nemen actie. Vorderingrecht en voorwaarden zouden dan buitengewoon gemakkelijk te scheiden zijn, hetgeen in strijd zou komen met de nemo plus-regel.

De conclusie moet zijn dat wanneer de eerste verkrijger gebonden is geworden aan de voorwaarden en hem derhalve geen beroep meer toekwam op art. 6:233 sub b, het recht om op die bepaling een beroep te doen nooit heeft bestaan en derhalve ook niet kon overgaan (anders dan de latent steeds aanwezige mogelijkheid om zich op het onredelijk bezwarend zijn te beroepen). De opvolgend verkrijger zou alleen dan een beroep op art. 6:233 sub b toekomen wanneer de *eerste* verkrijger daarop een beroep had kunnen doen. Dat betekent dat een beroep op het bepaalde sub b dus niet 'meeverandert'. Nagegaan moet worden of *deze* eerste verkrijger, met al *zijn* hoedanigheden, gebonden was geraakt. Als hem bijvoorbeeld op grond van art. 6:235 geen beroep op art. 6:233 sub b zou toekomen, kan dat recht niet alsnog ontstaan voor opvolgende verkrijgers die niet aan de voorwaarden van art. 6:235 voldoen. Men kan niet meer rechten overdragen dan men zelf heeft en de verkrijger kan niet meer rechten verwerven dan zijn voorganger had.

Dit alles geldt overigens niet alleen voor toondervorderingen, maar

evenzeer vorderingen op naam. Als ik bij V&D een koelkast koop en V&D heeft het nodige gedaan om mij te binden aan de door haar gehanteerde algemene voorwaarden, dan kan ik niet de *rechten uit mijn koopovereenkomst* met V&D overdragen aan degene die de koelkast weer van mij heeft gekocht, zonder dat die opvolgende verkrijger terzake van de uitoefening van *die* rechten, aan de uit de voorwaarden voortvloeiende beperkingen/verweermiddelen gebonden zou worden. Een en ander vloeit rechtstreeks voort uit de nemo plus-regel. Datzelfde geldt ook voor toondervorderingen, onder de (reeds besproken) mits, dat de beperkingen/verweermiddelen uit het papier kenbaar moeten zijn.

4.6 Besluit gebondenheid opvolgende verkrijgers

Aan deze overwegingen kan de conclusie verbonden worden dat de wijze van uitgifte waarbij de toondervorderingen aan een consortium respectievelijk aan Dealers worden verkocht en overgedragen (welke deze vervolgens weer doorverkopen en -leveren aan beleggers), danwel waarbij dezen als vertegenwoordigers optreden van de uiteindelijke beleggers, de juridisch meest zekere methode oplevert waar het (art. 6:233 sub b en) de toepasselijkheid van voorwaarden betreft.

5. Gaan uit het crediteurschap voortvloeiende verplichtingen over op de nieuwe crediteur?

5.1 Inleiding

Nu is vastgesteld dat aan houders van aandelen in een Global Note die verweermiddelen kunnen worden tegengeworpen die - te kort gezegd - kenbaar zijn, is het interessant na te gaan hoe de werking jegens opvolgende verkrijgers is waar het gaat om op houders van toondervorderingen rustende verplichtingen. De aard van het toonderpapier brengt mee dat er als regel weinig verplichtingen voor houders geformuleerd zullen worden maar ze zijn wel denkbaar.

Als voorbeeld kan genoemd worden de verplichting om een toondervordering niet over te dragen in strijd met zogenaamde 'selling restrictions'. In hoofdstuk 2 heb ik al gewezen op het bestaan van Amerikaanse regelgeving die verbiedt obligaties of andere Notes (of aandelen daarin), althans gedurende een zekere periode, aan Amerikaanse onderdanen te verkopen. Het is dientengevolge voor deze onderdanen evenmin geoorloofd om deze te kopen. Wie toch verkoopt respectievelijk koopt, schendt een verplichting. Het gevolg kan zijn dat de verkrijger geen recht heeft op uitbetaling of boetes verbeurt.

Dit voorbeeld is echter niet geheel zuiver. Het betreft een verplichting die in (Amerikaanse) wetgeving is neergelegd zodat de gebondenheid aan een dergelijke verplichting reeds daarop berust en niet op de in de Note opgenomen voorwaarden. Bovendien gaat het daar om een verplichting om iets *niet* te doen. Interessanter is nog om na te gaan wat geldt als er een verplichting om te *doen* bestaat.

Ik zal in het navolgende dan ook uitgaan van het voorbeeld dat in de leningsvoorwaarden de (niet op de wet berustende) verplichting is opgenomen voor de houders van toondervorderingen om, voordat zij gerechtigd zullen zijn tot uitkering van opeisbaar geworden bedragen, van hun kant eerst een bepaalde prestatie te verrichten. Gemakshalve ga ik uit van een verplichting voor houders om een zeker bedrag in geld (bijv. in een andere valuta dan die van de lening) te voldoen aan de emittent. Misschien een niet erg realistisch voorbeeld, maar voor het doel van dit hoofdstuk doet de inhoud van de prestatie niet werkelijk terzake.

Hier is art. 6:144 BW mede van belang. Lid 1 luidt:

‘Brengt de overdracht van een vordering mee dat verplichtingen die uit het schuldeiserschap of uit nevenrechten voortvloeien, overgaan op de nieuwe schuldeiser, dan staat de vorige schuldeiser in voor de nakoming van deze verplichtingen.’

Lid 2 bepaalt dat deze regel niet van toepassing is ingeval van overdracht van een (order- of) toondervordering overeenkomstig art. 3:93 (en - opnieuw - alleen dan!). Met dit tweede lid is niet meer gezegd dan dat een vorige houder van een toonderstuk niet instaat voor de nakoming door de nieuwe. Dat laat onverlet, of sterker nog: gaat er van uit dat de mogelijkheid bestaat dat verplichtingen kunnen overgaan met het vorderingsrecht. Ook de Toelichting Meijers bevestigt die mogelijkheid en spreekt in dat verband van ‘kwalitatieve verplichtingen’. Daarbij worden als voorbeelden genoemd de verplichtingen van een pandhouder om als een goed pandhouder voor de zaak te zorgen, de pandgever te informeren over de verkoop ervan en het overschot uit verkoop aan deze af te dragen.⁵⁰⁾

Net als het zojuist vermelde verbod om aan Amerikanen te verkopen (en het verbod voor Amerikanen om te kopen), gaat het echter ook bij die voorbeelden om uit de wet voortvloeiende verplichtingen. Vraag is dus nog steeds welke gevolgen voor opvolgende verkrijgers van toonderpapieren verbonden zijn aan in die documenten geformuleerde, niet op de wet berustende verplichtingen voor houders ervan.

5.2 Verweermiddelen jegens nieuwe houder van het stuk

5.2.1 Verplichting gaat niet over; art. 6:146 van toepassing

Laat ons eerst nagaan wat rechtens is als de verplichting (in het voorbeeld: de verplichting voor de houder van het stuk om eerst zelf een bepaald bedrag aan de emittent te betalen) niet op die nieuwe houder is overgegaan en emittent van hem derhalve geen nakoming kan vorderen. Dat wil niet zeggen dat het bestaan van de verplichting voor de nieuwe crediteur geen gevolgen heeft. De regel van art. 6:146 geldt nog steeds. In het voorbeeld bepalen de voorwaarden van de obligatie/Global Note dat, alvorens het recht op daadwerkelijke uitbetaling van rente of aflossing ontstaat, de houder van de toondervordering op die dag een bepaald bedrag aan de emittent moet betalen. Als de houder van het toonderstuk nu weigert te betalen met het betoog dat de verplichting niet op hem is overgegaan, dan kan de emittent daartegenover stellen hetzij dat het af te lossen bedrag niet verschuldigd is totdat voldaan is aan de (opschortende) voorwaarde dat de houder van het toonderstuk zijnerzijds aan zijn (betalings-)verplichting heeft voldaan, hetzij (als de formulering van de leningsvoorwaarden zulks niet bewerkstelligt) dat hem een beroep op het uit de wet voortvloeiende verweermiddel van (eventueel gedeeltelijke) opschorting toekomt, wederom totdat het aan hem, emittent verschuldigde is voldaan.

De verplichting voor de houder om (alvorens de emittent tot betaling gehouden is, op de betaaldag) een bepaald bedrag aan de emittent te voldoen, is kenbaar uit het papier. Van het niet betalen is de houder/rechthebbende evenzeer op de hoogte: hij heeft immers zelf geweigerd te betalen. Tenslotte kent de nieuwe houder ook het verweermiddel dat hetzij rechtstreeks uit het papier kenbaar is (opschortende voorwaarde) hetzij -gegeven de in het papier geformuleerde verplichting, gevoegd bij de (wetenschap van) niet nakoming- voortvloeit uit de wet. De facto bereikt men dus langs de weg van art. 6:146 hetzelfde resultaat als wanneer de verplichting wel zou zijn overgegaan (uiteraard tenzij de verplichting van de houder van het toonderstuk het bedrag van de lening zou overtreffen, welk geval uit de aard der zaak uitsluitend academisch is; houders doen er dan beter aan het stuk weg te gooien).

5.2.2 Verplichting gaat niet ‘over’, immers ontstaat pas na de overdracht van het toonderstuk

Een vraag die in dat verband rijst, is of men aan art. 6:146 (lid 1) eigenlijk wel (steeds) toekomt. Dat spreekt van een verweermiddel van de schuldenaar, ‘gegrond op zijn verhouding tot een *vorige* schuldeiser’.

Is daar echter wel sprake van? Het is de bedoeling dat de verplichting

⁵⁰⁾ TM, *Parl. Gesch. Boek 6* p. 535.

ten tijde van het opeisbaar worden van de verplichting van emittent komt te rusten op (ontstaat voor) de houder van het stuk die zich voor uitbetaling van het hem toekomende komt melden. De verplichting ontstaat uit de in het papier uitgedrukte rechtsverhouding, zoals die op dat moment bestaat tussen emittent en houder. Bij verplichtingen als deze zou men dus kunnen volhouden dat men aan vragen van *overgang* van een verplichting niet toekomt. De verplichting *ontstaat* voor de houder pas op het moment waarop bedragen uit de lening opeisbaar worden. Voldoet een houder niet aan zijn zojuist ontstane verplichting dan verkrijgt hij wegens zijn *eigen* niet nakoming ook geen recht op uitbetaling (althans kan betaling - eventueel gedeeltelijk - worden opgeschort). Het gaat dan niet meer om een verweermiddel dat voortvloeit uit de verhouding tot een *vorige* schuldeiser. Het is een nieuw, jegens de nieuwe crediteur ontstaan en hemzelf betreffend, relatief verweermiddel. En deze kunnen hem (uiteraard) worden tegengeworpen. Dat vloeit voort uit de normale regels van het verbintenissenrecht.

5.2.3 Overdracht tussen de momenten van opeisbaar worden en nakomen in

Wel kan ná het moment van het opeisbaar worden (of ontstaan) van de verplichting van de houder, maar vóórdat daaraan uitvoering wordt gegeven het toonderstuk worden overgedragen aan een derde. Dan (of wanneer het in de vorige paragraaf geschrevene niet opgaat) geldt het volgende.

Als de verplichting inhoudt dat deze gelijktijdig met de uitbetaling op het toonderstuk *moet* worden voldaan, lijkt me geen probleem te ontstaan. Waar sprake is van de afspraak 'gelijk-oversteken-en-anders-niet', weet de opvolgend houder uit het papier dat hij zich daaraan te houden heeft.

Waar de formulering in het toonderstuk de ruimte zou laten dat de betaling door de houder ook eerder kan plaatsvinden dan het moment waarop hij het zijnerzijds te incasseren bedrag ontvangt, komt het mij voor dat een opvolgende verkrijger, ook al is hem anders door de vreemder voorgehouden, er niet van uit mag gaan dat het door de houder te betalen bedrag al is voldaan, zonder zulks bij de emittent na te gaan. Het gaat hier om een in het stuk zelf opgenomen voor de *houder* geformuleerde verplichting, niet om een verplichting die los van de inhoud van het papier verschuldigd is onder de onderliggende overeenkomst waar de houder buiten staat. Waar aan het recht om een prestatie op te vorderen de vervulling van een voorwaarde is verbonden, kan die prestatie niet worden opgevorderd als die voorwaarde niet vervuld is; dat niet vervuld zijn kan (als verweermiddel) aan de nieuwe houder worden tegengeworpen. Dat hij wellicht dacht - op grond van

mededelingen van anderen dan emittent - dat de voorwaarde vervuld was, doet daaraan niet af. Zulks doet de voorwaarde niet vervallen; daartoe biedt art. 6:146 geen aanknopingspunt.

Voorzover men desalniettemin de eis zou stellen dat omtrent de niet nakoming van de vorige houder *wetenschap* moet hebben bestaan, lijkt me hier zeer verdedigbaar dat het niet hebben van wetenschap zozeer aan de houder zelf te wijten is, dat het hebben behoren te weten hier aan wetenschap gelijk gesteld moet worden. Het voorbeeld dat de Toelichting Meijers geeft ter motivering van de wetenschapseis geeft al aan dat daarbij niet is gedacht aan een geval als dit.⁵¹⁾

5.3 Wel overgang van niet uit de wet voortvloeiende verplichtingen?

5.3.1 Schuldoverneming?

Een stap verder zou zijn in gevallen als deze schuldoverneming aan te nemen. Ingevolge art. 6:155 e.v. is in beginsel vereist dat de 'crediteur' (dat is hier: de emittent) daarvoor toestemming geeft danwel, als die toestemming bij voorbaat gegeven is, hem schriftelijk kennis wordt gegeven van de overneming.

Partijen zijn in beginsel echter vrij om de wijze en het moment van overgang van de schuld contractueel anders te regelen. Er lijkt me op zichzelf genomen niets op tegen dat partijen hun verhouding zo regelen dat ook zonder schriftelijke mededeling aan de crediteur de schuld kan overgaan en wel op het moment waarop de verkrijger rechthebbende wordt tot de toondervordering. Denkbaar is trouwens dat het zich aldus ter fine van incasso melden door de houder van het toonderstuk wordt aangemerkt als de volgens art. 6:156 vereiste kennisgeving. Alleen moet de eis van schriftelijkheid dan nog opzij worden gezet.

5.3.2 Overgang van verplichtingen op andere grond?

Art. 6:142 bevat de algemeen bij overgang van vorderingen geldende regel dat nevenrechten mee overgaan. Hartkamp⁵²⁾ wijst er op dat bijvoorbeeld de bevoegdheden om de rechtsverhouding waaruit de overgedragen vordering voortspuit te beëindigen (door opzegging, ontbinding of vernietiging) geen nevenrechten zijn die krachtens dat artikel overgaan op de verkrijger van het vorderingsrecht. Die bevoegdheden blijven bij de oude crediteur *tenzij* deze naast het overgegangene vorde-

⁵¹⁾ Waar TM het oog op had, is het volgende: 'Daarom zal het feit dat de verkrijger van de vordering wist dat deze uit een wederkerige overeenkomst voortspoot en dat de oorspronkelijke wederpartij van de schuldenaar nog niet aan zijn verplichtingen uit dat contract had voldaan, niet voldoende zijn om de verkrijger de ontbinding te kunnen tegenwerpen.' *Parl. Gesch. Boek 6* p. 539.

⁵²⁾ *Asser/Hartkamp I* (1992) nr. 566.

ringsrecht geen rechten meer overhoudt ten aanzien waarvan wanprestatie gepleegd kan worden. Het lijkt erop dat in dat geval dus een soortgelijk resultaat wordt bereikt als bij overname van de gehele contractuele relatie, hoewel er geen sprake is van contractsovername en hoewel er ook geen sprake is van nevenrechten. Het gaat daarbij echter om overgang van *rechten* en niet van verplichtingen, het onderwerp dat ons in dit hoofdstuk bezig houdt. Dat neemt niet weg dat er blijkbaar een soort omslagpunt bestaat waar het overgaan van een vorderingsrecht, niettegenstaande hetgeen de wet bepaalt, de overgang meebrengt van de andere met de rechtsverhouding samenhangende rechten (hoewel geen nevenrechten), dat omslagpunt zijnde: de oude crediteur heeft geen belang meer. Mogelijk heeft Hartkamp het oog op art. 6:251.

De vraag rijst echter of iets dergelijks ook bij *verplichtingen* zou kunnen, waarvan de nakoming uitsluitend nog van belang is voor (immers: niet nakoming uitsluitend verweermiddelen op kan leveren jegens) de nieuwe rechthebbende tot het vorderingsrecht.

In dit verband dringt zich de gedachte op van een zekere parallel met HR 15 april 1977, NJ 1978, 163 m.nt. JMMM. Daar ging het om de vraag of een vennootschap die in 1971 toetrad tot een reeds eerder tussen een groep ondernemers bestaand samenwerkingsverband en die door die ondernemers als deelnemster werd aanvaard, partij was geworden bij een in 1967 gesloten basisovereenkomst, waarin het samenwerkingsverband zijn oorsprong vond. De nieuw toetgetreden vennootschap stelde dat zij die basisovereenkomst niet kende. Met het hof achtte de Hoge Raad de vennootschap desalniettemin gebonden. Niet was gesteld dat zij niet van de overeenkomst op de hoogte *kon* zijn en zelfs niet dat zij bij de overige deelnemers naar de omvang van de het samenwerkingsverband beheersende regels had geïnformeerd. De Hoge Raad sluit anderzijds niet uit dat bijzondere omstandigheden tot niet gebondenheid zouden leiden, bijvoorbeeld indien een tussen de deelnemers krachtens overeenkomst geldende en aan de nieuw toetredende onbekende regel van dien aard zou zijn⁵³⁾ dat laatstgenoemde, zo hij die regel gekend zou hebben, van toetreding zou hebben afgezien en dat de mede-contractanten dit hadden behoren te begrijpen. Doet zich een en ander niet voor, dan is men gebonden aan de regels van de rechtsverhouding waartoe men is toegetreden.

De aard van de toondervordering brengt mee dat in beginsel de gehele, in het toonderstuk belichaamde rechtsverhouding overgaat op de

⁵³⁾ Vgl. in dit verband ook het in art. 3:61 lid 3 bepaalde t.z.v. ongebruikelijke beperkingen in volmachten en art. 6:238 sub b als dergelijke beperkingen in algemene voorwaarden zijn opgenomen.

nieuwe crediteur. Hij treedt, zo men wil, toe tot die rechtsverhouding. De nieuwe houder van het stuk is volledig rechthebbende tot alle rechten terzake van die rechtsverhouding en het is de bedoeling dat de oude crediteur vervolgens geheel van het toneel verdwijnt (die gedachte ligt in feite ook in art. 6:144 besloten). Dat zou er voor pleiten aan te nemen dat de in het papier uitgedrukte verplichtingen van houders ervan daadwerkelijk overgaan. Zij kennen die ook uit het papier. Wel zou dan aan te nemen zijn dat dat slechts geldt voor nog te vervallen verplichtingen (vgl. art. 6:251 lid 2).

Ook als men van mening is dat de verplichting niet is overgegaan, levert het voorgaande wel een belangrijk argument op voor mijn aan het slot van subparagraaf 5.2.3 betrokken stelling dat wetenschap (voorzo-ver vereist) omtrent niet nakoming van hier aan de orde zijnde verplichtingen bij de nieuwe crediteur niet spoedig kan worden ontkend.

5.3.3 Antwoord: waarschijnlijk niet

Gelet op de twee voorgaande subparagrafen bestaat een zekere neiging de bij 5.3 gestelde vraag bevestigend te beantwoorden. Toch heb ik daar tegelijkertijd moeite mee, omdat de consequentie zou zijn dat de nieuwe rechthebbende daarmee in theorie aansprakelijk zou kunnen worden voor verplichtingen die het financiële belang van zijn vordering zouden kunnen overtreffen. Nu heeft de emittent daar natuurlijk weinig aan zolang hij de houder van het stuk niet kent, terwijl bovendien niet buitengewoon realistisch is om aan te nemen dat verplichtingen van houders het belang van de toondervordering in financieel opzicht teniet zouden kunnen doen, maar het bezwaar blijft als zodanig bestaan.

Daar staat weer tegenover dat zulks evenzeer kan gelden voor iedere wederkerige overeenkomst die prestaties over en weer meebrengt. Die kunnen volstrekt uit balans zijn (of raken).

Voorshands acht ik dit laatste echter niet doorslaggevend. Het bezwaar weegt voor mij zwaarder. Ik neem dan ook aan dat contractuele, niet uit de wet voortvloeiende verplichtingen niet overgaan, althans niet in die zin dat men van de nieuwe houder nakoming kan vorderen. Ik teken daarbij aan dat ik tot die slotsom kom, omdat men langs de weg van de wettelijke regeling betreffende verweermiddelen toch tot een zekere mate van gebondenheid komt, maar op zodanige wijze dat een resultaat bereikt wordt dat enerzijds voldoende tegemoet komt aan de gerechtvaardigde belangen van de emittent, anderzijds evenzeer recht doet aan de aard van het toonderpapier, zodat ook de belangen van houders ervan in voldoende mate zeker gesteld zijn.

6. Enige aanpalende kwesties

Ter afronding van dit preadvies besteed ik nog kort aandacht aan enkele kwesties die hetzij verwant zijn aan hetgeen zich afspeelt bij de overdracht van toondervorderingen (hoewel niet rechtstreeks van toepassing), hetzij van nader belang zijn voor de positie van rechthebbenden tot (aandelen in) een Global Note.

6.1 Derdenbeding

Hoewel er bij overdracht van (toonder)vorderingen geen sprake is van een derdenbeding, vertonen de beide rechtsfiguren wel enige verwantschap. Bij het derdenbeding rijst de vraag in hoeverre verweermiddelen in de relatie stipulator-promissor 'doorwerken' in de relatie met de derde-begunstigde. In beginsel mag bij een derdenbeding de promissor alle verweermiddelen en excepties uit zijn verhouding met de stipulator aanvoeren wanneer de derde hem aanspreekt, uiteraard tenzij anders is overeengekomen.⁵⁴⁾

In de Toelichting Meijers bij art. 6:254 (voortgekomen uit art. 6.5.3.8 van het Ontwerp Meijers) wordt opgemerkt:

'Een aantal buitenlandse wetboeken bepaalt dat de schuldenaar tegen een vordering van de derde gebruik kan maken van de verweermiddelen die hij tegenover de stipulator heeft. Het ontwerp heeft deze regel - die wel wordt uitgebreid tot bevoegdheden tot vernietiging en ontbinding - in zijn algemeenheid niet overgenomen, daar hij wel in vele, maar niet in alle gevallen juist genoemd kan worden.'

Dat lijkt er op te duiden dat niet altijd aan de nemo plus-regel hoeft te worden voldaan. De geciteerde passage is echter enigszins misleidend. De Toelichting verwijst naar Suyling en als men dat er op naslaat, wordt duidelijk wat bedoeld is.

Suyling stelt voorop het beginsel dat de schuldenaar tegenover de derde excepties uit het principale contract mag putten, bijvoorbeeld dat de bedinger zijn prestatie nog niet aan de schuldenaar heeft voldaan. Ook zal met ontbinding van het principale contract het derdenbeding vervallen. En dan komt het:

'Uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen evenwel bedinger en schuldenaar overeenkomen, dat de uit het principale contract af te leiden verweermiddelen niet of althans niet alle tegen de derde zullen mogen worden uitgespeeld.'⁵⁵⁾

Daar zit dus de uitzondering waar de Toelichting Meijers op doelt. Dat

is echter geen uitzondering op de nemo plus-regel; integendeel. Stipulator en promissor bepalen nu juist samen de inhoud van de rechten van de derde. Zij kunnen die, als ze dat willen, geheel of gedeeltelijk abstraheren van de principale overeenkomst.

Terug naar de toondervordering. Daaraan ligt de parallelle gedachte ten grondslag dat in beginsel zij die betrokken zijn bij de totstandkoming van de in het toonderstuk belichaamde geldlening - dat zijn de emittent en degenen die bij uitgifte de lening verstrekken - degenen zijn die tevens bepalen wat de rechten van opvolgende verkrijgers/derden zullen zijn. Die rechten en de daaraan klevende beperkingen zijn neergelegd in hun principale overeenkomst (NB: daarmee is niet de overeenkomst met het consortium of de Dealer-overeenkomst bedoeld, maar de eigenlijke overeenkomst van geldlening) en een en ander kan aan opvolgende verkrijgers van aandelen in de geldlening worden tegengeworpen, zij het onder het belangrijke voorbehoud dat zulks voor dezen kenbaar moet zijn (vooral uit het papier dat hun rechten belichaamt).

6.2 Gemeenschap; opsplitsing; betaling; trustclausule

Bij de Global Note is in verreweg de meeste gevallen sprake van meer rechthebbenden. We hebben dan dus te maken met een gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW.⁵⁶⁾ Het komt me voor dat de aard van die gemeenschap meebrengt dat de deelgenoten geen verdeling kunnen vorderen (art. 3:178). Misschien dat dat anders kan zijn voor houders van aandelen die gezamenlijk hebben besloten een Global Note te 'kopen', maar als regel kan een deelgenoot zijn aandeel in een Global Note niet opdringen aan een ander.

Evenmin kan een deelgenoot overigens (maar dit heeft op zich niets te maken met de regeling van de gemeenschap) van de emittent eisen dat die de (permanente) Global Note gedurende de looptijd ervan opsplijt en hem, deelgenoot, van een eigen, afzonderlijk (toonder)stuk voorziet; zulks uiteraard tenzij de Global Note een daartoe strekkende regeling bevat.

Soms sluiten de voorwaarden de mogelijkheid om een afzonderlijke Note te vragen expliciet uit, hetgeen uiteraard als 'verweermiddel' aan houders van aandelen daarin kan worden tegengeworpen. Ook als dat niet het geval is, kan een houder echter geen opsplitsing verlangen. Hij heeft slechts een *aandeel* verworven in een toonderstuk. De wet geeft

⁵⁴⁾ Zie o.m. R.P.J.L. Tjittes, *WPNR* 5999 (1991) p. 219 links.

⁵⁵⁾ *Suyling II*, 1 no 129 p. 227. Hij verwijst in dit verband naar de girering; zie daarover noot 11 hiervoor.

⁵⁶⁾ Zie over de gemeenschap nader o.m. M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap*, Mon. NBW B-9 (1990).

niet het recht op splitsing van een toonderstuk. Wanneer twee of drie beleggers samen een toonderobligatie van - zeg - f 1.000,- kopen, is er evenmin een rechtsgrond aan te wijzen voor een vordering jegens de emittent om ieder van hen afzonderlijk een obligatie ten bedrage van één/derde te verschaffen.

Bovendien heeft opsplitsing van de Global Note als regel ook daarom weinig zin, omdat het karakter ervan meebrengt dat het bedoeld is te blijven in de kluizen van het clearing instituut. Om die reden hoeven ook geen dure, gedrukte toonderstukken te worden geprepareerd. Het feit dat dergelijke en andere kosten niet (althans niet op grote schaal) hoeven te worden gemaakt, kan trouwens mede het rendement hebben bepaald dat investeerders uit het papier krijgen.

Daarbij komt nog dat voor de uitbetaling van individuele toonderstukken, zoals obligaties, speciale voorzieningen nodig zijn. Emittenten zijn daarvoor meestal niet toegerust. Uitbetaling van obligaties vergt dan ook andere voorzieningen (waaronder overeenkomsten met meestal een aantal banken die ieder als betaalagent optreden en waar houders hun stukken kunnen inleveren) dan wanneer betaling, zoals bij de (permanente) Global Note, giraal via het clearing instituut verloopt. Deze is formeel de houder van de Global Note en derhalve gerechtigd tot uitbetaling.

Wat betreft die uitbetaling merk ik, terugkerend naar de wettelijke regeling van de gemeenschap, het volgende op. Art. 3:170 lid 2 bepaalt onder meer dat het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties een daad van beheer is. Of dat bij de Global Note ook zo is, zou ik niet met zekerheid durven zeggen nu (aan het eind van de rit) de Global Note, het gezamenlijk eigendom van de deelgenoten, (ingeleverd en) vernietigd moet worden om uitbetaling te verkrijgen. Voorzover het echter een daad van beheer is, geldt dat die slechts door alle deelgenoten te zamen mag worden verricht, tenzij er een 'regeling' is. Van zo'n regeling bepaalt art. 3:168 lid 4 dat deze ook bindend is voor rechtverkrijgenden van een deelgenoot (opnieuw een parallel dus met HR 15 april 1977; zie par. 5.3.2 hiervoor). In de praktijk zal zich zo'n regeling bij de Global Note niet voordoen, al was het maar omdat deelgenoten elkaars identiteit veelal niet kennen en er aan zo'n regeling weinig behoefte bestaat.

Wat daar verder ook van zij, voor de emittent is een en ander niet van belang. Indien de Global Note een zekere wijze van betaling regelt, zijn de deelgenoten daaraan uiteraard (op grond van art. 6:146) gebonden. Zij kunnen daarin geen wijziging brengen, wat ze onderling ook regelen. Regelt de Global Note niets expliciet, dan geldt (aangezien de Global Note een toonderstuk is) dat emittent in ieder geval bevrijd is

door betaling aan de toonder ervan. Bij de Global Note is dat het clearing instituut die in de praktijk ook daadwerkelijk de girale betaling ontvangt (en doorgeleidt aan de rechthebbenden).

Vaak bevatten voorwaarden van (vooral obligatie-)leningen nog de bepaling dat er een trustee bestaat, die bij uitsluiting de rechten van houders geldend maakt. Individuele obligatiehouders hebben dan niet het recht om bijvoorbeeld afzonderlijk een procedure tegen de emittent te entameren. (Zulks tenzij een zeker percentage van de obligatiehouders heeft beslist dat de trustee actie moet ondernemen en deze verzuimt zulks te doen. Dan 'herleven' de individuele rechten.) Ook aan die bepaling zijn de obligatiehouders (op grond van de nemo plus-regel) gebonden. De emittent kan hen het verweermiddel dat uit die, in het waardepapier uitgedrukte, bepaling voortvloeit, tegenwerpen. De regeling van de gemeenschap doet daaraan niet af.⁵⁷⁾

6.3 Pluraliteit van crediteuren; certificering

Tenslotte is ook afd. 6.1.3 BW voor de Global Note van belang, doch hangt onlosmakelijk samen met de voorgaande paragraaf. Het in die paragraaf geschrevene betrof overigens in wezen slechts de permanente Global Note. Bij de tijdelijke Global Note spelen de hiervoor gesignaleerde kwesties nauwelijks of geen rol. De tijdelijke Note is bestemd om te eniger tijd (na de lock up-periode) te worden vervangen door definitieve, individuele en gedrukte stukken (die vervolgens weer grotendeels in verzameldepots verdwijnen, maar dat terzijde). Op die Global Note vindt dus geen uitbetaling plaats (uitzonderingen, zoals onverhoopte vervroegde opeising/aflossing, daargelaten).

Bij de wel voor uitbetaling bestemde Global Note kan ik (tenzij de Note anders bepaalt) tot geen andere conclusie komen dan dat de deelgenoten (althans zolang de Global Note bestaat) gezamenlijk één vorderingsrecht hebben, niet omdat de prestatie van de emittent als zodanig onsplitsbaar is, maar omdat het recht op die prestatie in een gemeenschap valt (art. 6:15 lid 2). Dat laatste wordt dan mede veroorzaakt doordat het papier, dat het recht belichaamt, niet splitsbaar is. Degene die het toonderstuk in handen heeft en overhandigt tot uitbetaling, is krachtens de toonderclausule gelegitimeerd tot uitbetaling en

⁵⁷⁾ Het voert thans te ver dieper op (de werking van) de trustclausule in te gaan. Zie daarover nader Asser/*Van der Grinten I* (de vertegenwoordiging), 1990, nrs 144-145; Asser/*Van Velden* (Zakenrecht) III (1986) nrs 257-258, alsmede het preadvies voor de Vereniging 'Handelsrecht', 'Eigendom ten titel van beheer naar komend recht' (1990) van C.Ae. Uniken Venema en S.E. Eisma, hoofdstuk VII. Zie over dit preadvies M.E. Koppenol-Laforce, *TVVS* 1991 p. 10-15. Vgl. verder het in noot 20 al geciteerde art. 3.6.2.6 uit de (uitgestelde) titel 'Bewind'.

treedt eigenlijk (voorzover hij, zoals het clearing instituut, niet zelf de gerechtigde is) op als een soort trustee.

Vergelijkbaar daarmee (zij het daaraan qua constructie niet gelijk) is de - ook voor oud recht reeds aangenomen - mogelijkheid van het certificeren van schuldvorderingen.⁵⁸⁾ Dat houdt in (kan inhouden) dat emittent een schuldvordering uitgeeft 'aan' iemand die - zeg maar - als trustee optreedt (tevens juridisch rechthebbende wordt tot die schuldvordering) waarbij laatstgenoemde op eigen naam certificaten uitgeeft die doen delen in die schuldvordering. Houders van certificaten hebben dan een vorderingsrecht *niet* jegens emittent, maar jegens de trustee (vgl. ook het nog niet ingevoerde art. 3.6.2.7 lid 1). Art. 3:259, alsmede - na invoering - art. 3.6.2.7 leden 2 en 3, geven hen echter wel een pandrecht.

Als gezegd, is deze constructie bij de Global Note niet aan de orde, maar het resultaat is vergelijkbaar.

7. Besluit

Ik heb in het bovenstaande een poging ondernomen om een overzicht te geven van vooral die aspecten die van belang zijn voor de nemo plus-regel bij de aan toonder luidende Global Note. Daarbij is gebleken dat die regel niet onverkort van toepassing is. Beperkingen daaraan zijn gelegen in het feit dat de verkrijgers van toonderstukken in beginsel moeten kunnen afgaan op wat kenbaar is uit het stuk of uit, te kort gezegd, algemeen toegankelijke bronnen, danwel wat hen (met de correctie van noot 33) uit eigen wetenschap bekend is omtrent de voorgeschiedenis van het stuk.

Anderzijds zijn - en in zoverre is de nemo plus-regel ook bij toonderstukken als de Global Note ten volle toepasselijk - houders van dergelijke stukken op dezelfde voet als hun voorgangers gebonden aan de voorwaarden en aan de beperkingen die voortvloeien uit wat hen aldus kenbaar is.

Ik wil mijn slotparagraaf tot deze, misschien iets te bondige, samenvatting beperken, teneinde niet in herhaling te treden.

⁵⁸⁾ Zie daarover het in de vorige noot genoemde preadvies van Uniken Venema en Eisma par. 4.12 (zie ook hun par. 7.3.3/7.3.4).