

# Voorwoord

‘Contractdwang en contractvrijheid’ is het overkoepelende thema van de preadviezen die thans voor u liggen. Beide preadviezen richten de schijnwerpers op sectoren in onze samenleving waarin de contractvrijheid (al dan niet in toenemende mate) vrij fors aan banden is gelegd. Het eerste preadvies is geschreven door mr. I.S.J. Houben en richt zich op contractdwang, onder meer in de zorg en het onderwijs. Het tweede preadvies is van de hand van prof. mr. D. Busch en concentreert zich op de financiële sector.

Op deze plaats zij gememoreerd dat dit niet de eerste keer is dat preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR) gewijd zijn aan het thema ‘contractdwang en contractvrijheid’. Ruim dertig jaar geleden (in 1992) verschenen preadviezen van de toen nog ‘jonge’ VBR over dit thema. Het eerste preadvies was van de hand van mr. P. Klik en was getiteld ‘Contractsdwang’ (toen nog geschreven mét een tussen-s). Het preadvies geeft tot op de dag van vandaag een mooie tour d’horizon van het onderwerp contractdwang: van het brede scala aan grondslagen voor contractdwang tot de terreinen waarop deze zich kan (of zou kunnen) voordoen. Zo passeren verschillende wettelijke contracteerplichten de revue, met als klassiek, maar nog steeds bestaand en illustratief, voorbeeld de leveringsplicht van de energieleverancier. Ook contractdwang als correctie op misbruik van economisch evenwicht en de vraag of uit een grondrecht een ‘aanspraak’ op contractsluiting kan volgen, worden (reeds) geduid. Het tweede preadvies was van de hand van mr. P. Kuipers en droeg de titel ‘De global note en de nemo plus-regel’. De link tussen het thema ‘contractdwang en contractvrijheid’ en het preadvies van Kuipers is misschien minder evident, maar is zeker wel aanwezig. Het is voor beleggers immers ‘niet mogelijk te beleggen in effecten waarop andere dan de gebruikelijke, door emittenten gehanteerde voorwaarden toepasselijk zijn. Men kan beleggen onder die voorwaarden en anders niet. Onmiskienbaar 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’, aldus Kuipers in de inleiding van zijn preadvies.

Hoe dit alles ook zij, de afgelopen dertig jaar is er het nodige gebeurd in het burgerlijk recht, en dat geldt zeker ook voor het thema ‘contractdwang en contractvrijheid’. De beide preadviezen opgenomen in dit boek bespre-

ken diverse in het oog springende tendensen en ontwikkelingen op dit vlak.

Het eerste preadvies van de hand van Houben is getiteld ‘Contractdwang’ en gaat over de inbreuk op het meest wezenlijke aspect van contractvrijheid: de vrijheid om te beslissen óf een overeenkomst wordt aangegaan.

Contractdwang kan bestaan in de vorm van een vooropgestelde, doorgaans wettelijke, contracteerplicht, ook wel aangeduid met de term ‘directe contractdwang’. Een specifieke bepaling omschrijft dan op wie de contracteerplicht rust, ten behoeve van wie de plicht bestaat en meestal ook tot welke prestatie de overeenkomst moet leiden.

Een contracteerplicht kan evenwel ook worden opgelegd, indien een dergelijke specifieke (wets)bepaling ontbreekt. De contractdwang wordt dan gebaseerd op een norm, die nader moet worden ingevuld en in het specifieke geval leidt tot het opleggen van een contracteerplicht. Dit wordt ook wel indirecte contractdwang genoemd. De contracteerplicht die op grond van de ongeschreven zorgvuldigheidnorm ex artikel 6:162 BW (in dit geval: de bijzondere zorgplicht jegens derden) aan de bank werd opgelegd in de zaak *Yin Yang*,<sup>1</sup> vormt een recent en spraakmakend voorbeeld van dergelijke indirecte contractdwang.

Er wordt wel gesteld dat bij het opleggen van indirecte contractdwang meer terughoudendheid moet worden betracht dan bij directe contractdwang, onder meer vanwege het ontbreken van een expliciete wettelijke legitimatie. Dat doet de vraag rijzen naar de rechtvaardiging van indirecte contractdwang, het centrale thema van het eerste preadvies. Aan de orde komen onder meer indirecte contractdwang als reactie op de schending van de gelijke behandelingsnorm en het verbod op misbruik van machtspositie en contractdwang in de zorg, het onderwijs en de financiële sector. De rechtvaardiging kan per type of geval van contractdwang verschillen, maar er zijn wel enige gemene delers te onderscheiden. Zo blijkt in veel gevallen van contractdwang de rechtvaardigingsgrond erin te bestaan dat het sluiten van de overeenkomst noodzakelijk is om goederen of diensten te verwerven die nodig zijn om normaal te kunnen functioneren in de maatschappij. Tot slot is een poging gedaan de bevindingen in een model te gieten, dat mogelijk behulpzaam kan zijn bij de beantwoording van de vraag of het opleggen van een contracteerplicht in een concreet geval voldoende gerechtvaardigd is.

---

1. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352.

Het tweede preadvies van de hand van Busch is getiteld ‘Contractdwang en contractvrijheid in de financiële sector’. Dit preadvies laat zien dat de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen in diverse opzichten, langs verschillende wegen en in toenemende mate aan banden wordt gelegd. De ene keer is het de wetgever die hierin het voortouw neemt, de andere keer is het juist weer de rechter die als aanjager fungeert.

Om te beginnen gaat het dan om gevallen van contractdwang. Banken zijn als uitgangspunt wettelijk verplicht een basisbetaalrekening aan te bieden aan consumenten. De Hoge Raad bepaalde bovendien in de (hierboven al genoemde) zaak *Yin Yang* dat de bank op grond van de bijzondere zorgplicht jegens derden verplicht was een betaalrekening aan te bieden aan een onderneming die actief was in de ‘relaxbranche’. In beide gevallen beoogt de contractdwang de als ‘zwakker’ beschouwde wederpartij van de bank te beschermen, maar dit is niet altijd de reden voor contractdwang. Ook overwegingen van financiële stabiliteit kunnen leiden tot contractdwang (althans tot gevallen die daarbij dicht in de buurt komen).

Contractdwang wordt veelal beschouwd als de ultieme beknotting van de contractvrijheid. In de financiële sector vormt dit echter nog maar het topje van de ijsberg. De contractvrijheid van financiële instellingen wordt ook in allerlei andere opzichten steeds verder ingeperkt. Om een compleet beeld te kunnen schetsen wordt in het tweede preadvies ook ingegaan op de diverse andere wijzen waarop de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen aan banden wordt gelegd.

Zo zijn er gevallen aan te wijzen waarin het de bank of andere financiële instelling verboden is een contract aan te gaan of een transactie uit te voeren. In die gevallen moet de financiële instelling het aangaan van een contract dan wel het uitvoeren van een transactie dus weigeren (weigeringsplicht). Weigeringsplichten maken een inbreuk op de vrijheid om te beslissen óf een contract wordt aangegaan dan wel óf een transactie wordt uitgevoerd. Bekende voorbeelden hiervan zijn het wettelijk verbod op overkreditering en de wettelijke verplichting van een bank om een optietransactie van een niet-professionele belegger te weigeren als deze niet bereid is voldoende ‘margin’ te storten. Deze (en andere) wettelijke weigeringsplichten vinden hun rechtvaardiging in de bescherming van de als ‘zwakker’ beschouwde wederpartij van de financiële instelling. Maar dit is niet altijd de reden voor het bestaan van wettelijke weigeringsplichten in de financiële sector. Zij kunnen er ook toe strekken integriteitsrisico’s zoveel mogelijk te voorkomen. Bij ‘integriteitsrisico’s’ kan gedacht worden aan witwassen en terrorismefinanciering, belastingontduiking, handel met voorkennis, fraude, corruptie, en schending van financiële en economische sancties. Schending van mensenrechten en milieuschade worden op dit

moment (nog?) niet beschouwd als integriteitsrisico's, maar het tegengaan van deze risico's zal in de toekomst mogelijk wél leiden tot wettelijke weigeringsplichten voor de bank of andere financiële instelling.

Ook een ander belangrijk element van de contractvrijheid, te weten de vrijheid om de contractinhoud te bepalen, is voor financiële instellingen langs diverse wegen aan banden gelegd. Zo zien wij de laatste tijd steeds vaker dat wettelijke regels niet zozeer eisen stellen aan de contractinhoud omwille van bescherming van de zwakkere partij, maar veeleer omwille van andere overwegingen, zoals financiële stabiliteit en in de toekomst mogelijk ook het tegengaan van schendingen van mensenrechten en milieuschade.

Financiële instellingen zijn ook niet geheel vrij als het gaat om de beëindiging van contracten. In de eerste plaats zijn er gevallen aan te wijzen waarin banken en andere financiële instellingen wettelijk verplicht zijn contracten met klanten en andere wederpartijen te beëindigen omwille van integriteitsrisico's, en in de toekomst mogelijk ook omwille van mensenrechtenschendingen en milieuschade (beëindigingsplichten). In die gevallen is het niet langer relevant wat de financiële instelling zelf wil. Ook als de financiële instelling niet wil beëindigen, dwingt de wet daar dan toch toe. Daarnaast zijn er gevallen waarin de financiële instelling wil beëindigen (veelal) in verband met integriteitsrisico's en hiertoe ook bevoegd is op grond van de contractvoorwaarden en er ook geen specifiek wettelijk voorschrift in de weg staat aan de beëindiging, maar dit volgens de civiele rechter toch niet is toegestaan, althans niet zonder meer. De vrijheid om een contract weer te beëindigen wordt in beide gevallen ingeperkt. Deze inperkingen van de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen komen ook aan bod.

De diverse beperkingen van de contractvrijheid van financiële instellingen worden in het tweede preadvies aan de hand van de volgende drie criteria geëvalueerd. Een inperking van de contractvrijheid moet om te beginnen steeds een legitiem (gerechtvaardigd) doel dienen. Dit legitieme doel kan gelegen zijn in de bescherming van de zwakkere partij, maar ook in de behartiging van (andere) maatschappelijke belangen. Maar enkel een legitiem doel is niet voldoende. Wetgevers en rechters die overwegen de contractvrijheid in te perken ter verwezenlijking van een op zichzelf genomen legitiem doel, zouden zich ook ervoor moeten inspannen dat dit gebeurt op proportionele wijze. Als aannemelijk is dat met een minder vergaande inperking van de contractvrijheid het beoogde legitieme doel evenzeer kan worden bereikt, dan zou gekozen moeten worden voor die minder vergaande beknotting van de contractvrijheid. Ook vertonen de diverse inperkingen

## VOORWOORD

---

van de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen bij voorkeur enige consistentie.

Tot slot: wij danken het bestuur van de VBR voor het in ons gestelde vertrouwen en zien uit naar de ledenbijeenkomst op vrijdag 8 december 2023 te Leiden alwaar wij ons preadviezen zullen verdedigen. Wij verheugen ons op de discussies met onze referenten prof. mr. M.H. Wissink en mr. J. Meijerhof en met de andere aanwezige leden van de VBR. In de tussentijd wensen wij u veel leesplezier toe.

*Danny Busch & Iris Houben*  
*Nijmegen/Leiden, 2 oktober 2023*

# Deel I Contractdwang

Mr. I.S.J. Houben<sup>\*</sup>

---

\* Mr. I.S.J. (Iris) Houben is universitair hoofddocent burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Passages in dit preadvies zijn afkomstig uit of bouwen voort op: Houben 2005; Houben 2009, Houben 2017 en Houben 2020. Net als deze eerdere publicaties over (aspecten van contractdwang), beschouw ik dit preadvies als een bouwsteen voor verdere gedachtevorming en discussie, niet als een in steen gebeitelde visie op het onderwerp. Met dank aan Danny Busch, Matthias Haentjens, Jaap Hijma, Bart Krans, Hetty ten Oever en Stijn Voskamp voor commentaar op en/of discussie over een eerdere versie of gedeeltes van dit preadvies. De bijdrage werd afgesloten begin oktober 2023.

# Hoofdstuk 1

## Inleiding

### 1.1 Omschrijving contractdwang

Contractdwang is een beperking van de contractvrijheid en dan in het bijzonder de vrijheid om te kiezen óf een overeenkomst wordt aangegaan. De reden om aandacht te besteden aan juist deze vorm van beperking van de contractvrijheid is gelegen in de verstrekkende aard ervan: contractdwang kan als de meest vergaande beperking van de contractvrijheid worden beschouwd.<sup>1</sup>

Bij contractvrijheid kunnen in ieder geval drie aspecten worden onderscheiden:

1. de vrijheid om te beslissen of een overeenkomst wordt aangegaan;
2. de vrijheid om te beslissen met wie een overeenkomst wordt aangegaan;
3. de vrijheid om de inhoud van de overeenkomst te bepalen.<sup>2</sup>

Contractdwang maakt primair inbreuk op de vrijheid om te beslissen of een overeenkomst wordt aangegaan (1) en daarmee op het meest wezenlijke aspect van contractvrijheid. Met contractdwang gaan vaak beperkingen van de vrijheid van keuze van contractpartner (2) en de inhoud van de overeenkomst (3) gepaard, maar deze beperkingen van de contractvrijheid vormen op zichzelf geen contractdwang. Deze omschrijving brengt een beperking aan op het onderwerp van dit (gedeelte van het) preadvies; het ziet niet op beperkingen van de contractvrijheid in algemene zin, maar op contracteerplichten.<sup>3</sup>

Een dergelijke vergaande beperking van de contractvrijheid heeft mijns inziens rechtvaardiging. In dit preadvies ga ik in het bijzonder in op de rechtvaardiging van ‘indirecte contractdwang’, dat is – kort gezegd – een contracteerplicht die niet met zoveel woorden in een (wets)bepaling staat,

- 
1. Vgl. Bydlinksi 1980, p. 5-6. Verplichte contractweigeringsrecht maakt overigens mijns inziens een even vergaande inbreuk op contractvrijheid als contractdwang. Zie daarover par. 6.2.
  2. Hier kunnen bijvoorbeeld vormvrijheid en de vrijheid om een overeenkomst te beëindigen aan worden toegevoegd.
  3. Het preadvies van Busch heeft een ruimer bereik, dat ziet ook op andere beperkingen van contractvrijheid (in de financiële sector).

maar in een concreet geval wordt afgeleid uit de nadere invulling van een norm.<sup>4</sup> De contracteerplicht die op grond van de ongeschreven zorgvuldighedenorm ex artikel 6:162 BW aan de bank werd opgelegd in de zaak *Yin Yang*,<sup>5</sup> vormt een recent en spraakmakend voorbeeld van indirecte contractdwang.

## 1.2 Wederzijdse contractdwang

De beperking van de contractvrijheid is in het bijzonder vergaand indien sprake is van wat ik noem ‘wederzijdse contractdwang’. Hiermee duid ik de situatie aan dat beide contractspartijen contractdwang ondervinden. Deze wederzijdse contractdwang bestaat bijvoorbeeld bij het aangaan van de zorgverzekeringsovereenkomst. Iedere ingezetene van Nederland is verplicht zich te verzekeren tegen de behoefte aan geneeskundige zorg<sup>6</sup> en op hun beurt hebben ziektekostenverzekeraars een acceptatieplicht jegens aspirant-verzekerden.<sup>7</sup> Bij het aangaan van een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs is eveneens sprake van wederzijdse contractdwang. De ouders dienen het kind in te schrijven op een school op grond van artikel 2 van de Leerplichtwet en de school heeft een acceptatieplicht.<sup>8</sup> Zeker als beide partijen bij een overeenkomst contractdwang ondervinden, kan de vraag rijzen of wel voldaan is aan het vereiste van wilsovereenstemming. Voor sommige auteurs in het onderwijsrecht vormt deze wederzijdse contractdwang een van de argumenten tegen de aanname dat er een overeenkomst tussen de school en de leerling tot stand komt.<sup>9</sup> Naar mijn mening leidt het feit dat er sprake is van (wederzijdse) contractdwang niet tot de gevolgtrekking dat er geen sprake kan zijn van een overeenkomst. Beperkingen van contractvrijheid komen vaker voor, ook in de vorm van contracteerplichten, en zij staan er op zichzelf niet aan in de weg dat een rechtsbetrekking toch als overeenkomst wordt gekwalificeerd.<sup>10</sup> Een beperking van de contractvrijheid leidt volgens mij niet tot een probleem op het niveau van de wilsovereenstemming (art. 3:33 jo 3:35 en art. 6:217 BW).<sup>11</sup>

4. Zie voor een nadere omschrijving van indirecte contractdwang par. 1.4.

5. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352.

6. Art. 2 Zorgverzekeringswet (Zvw).

7. Art. 3 lid 1 Zvw. Zie nader par. 3.2.1.

8. Zie hierover nader par. 3.3 en 4.5.

9. Zie Snel & Postma 1999, p. 65-66; Pajmans 2013, p. 46 en Voskamp 2018, p. 36-41 met nadere verwijzingen.

10. Zie in deze zin: Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502. Vgl. m.b.t. contractdwang bij het aangaan van de zorgverzekeringsovereenkomst Hof 's-Hertogenbosch 5 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3877, r.o. 3.6.

11. Zie nader Houben 2005, p. 219-224 en specifiek over de onderwijsovereenkomst Voskamp 2018, p. 38-39.

### 1.3 Feitelijke contractdwang

Bij de term ‘contractdwang’ is een veelvoorkomende associatie die met een ‘take it or leave it’-aanbod, waar niet over te onderhandelen valt. Dat is echter niet hetzelfde als contractdwang. Het gaat bij een dergelijk aanbod om de inhoud van de overeenkomst waar een van de partijen niets over te zeggen heeft. Dat wil echter niet zeggen dat er een plicht bestaat om de overeenkomst te sluiten, weigeren is mogelijk. Dat ligt feitelijk anders, indien er maar één toegankelijke aanbieder is, of indien alle aanbieders dezelfde voorwaarden hanteren, en het product of de dienst noodzakelijk is. In dat geval is er aan de vraagzijde sprake van, in mijn bewoordingen, feitelijke contractdwang. Feitelijke contractdwang is evenwel ook geen contractdwang in de zin zoals in paragraaf 1.1 omschreven. Het gaat om situaties waarin een partij feitelijk geen keuze heeft: zij moet wel contracteren, omdat zij een bepaalde dienst of een bepaald product nodig heeft. Deze situaties onderscheiden zich van contractdwang doordat daarbij sprake is van een rechtens afdwingbare plicht om te contracteren. Degene op wie de contractdwang rust, is rechtens niet bevoegd het sluiten van een overeenkomst achterwege te laten.<sup>12</sup> Een ietwat archaisch voorbeeld is de enige bakker (en broodverkoper) in een afgelegen dorp.<sup>13</sup> Ook al is de verkoper in de bakkerswinkel een bijzonder chagrijnig type dat mij geregeld onheus bejegt, dan nog kan ik mij gedwongen voelen hier mijn brood te kopen. Dat betekent uiteraard niet, dat ik *rechtens gedwongen kan worden* brood te kopen. Het staat mij volledig vrij eens in de twee weken naar een verder weg gelegen bakker of supermarkt te rijden, en een voorraad brood in mijn vriezer op te slaan. Of te besluiten over te stappen op yoghurt en houdbare crackers. Overigens, en dat maakt dit concept van feitelijke contractdwang soms wat verwarrend: voorstelbaar is dat *op de bakker* in een dergelijke situatie wel contractdwang kan komen te rusten. Dat geldt bijvoorbeeld indien diens weigering gebaseerd is op bepaalde kenmerken als religie of ras,<sup>14</sup> maar wellicht ook al bij een willekeurige weigering, waarbij niet bij dergelijke onderscheidingskenmerken wordt aangeknoopt. Een dergelijke weigering kan, onder omstandigheden, een onrechtmatige daad opleveren en op die grond leiden tot het door de rechter opleggen van contractdwang.<sup>15</sup> Dit betreft dan een geval van indirecte contractdwang.

12. Houben 2009, p. 326.

13. Vgl. Klik 1992, p. 1.

14. Zie hierover nader par. 4.2.

15. Vgl. Rb. Dordrecht 3 februari 1965, ECLI:NL:RBDOR:1965:AB6697, NJ 1966/62. Vgl. Van Oven 1956, p. 17, die aangeeft dat ook de wederpartij contractvrijheid geniet, maar de feitelijke omstandigheden haar niet steeds in staat stellen van die vrijheid gebruik te maken. Voor die partij is de contractvrijheid slechts theorie, in feite wordt het contract haar opgelegd, en de vrijheid van de andere betekent voor haar juist dwang.

Een wat moderner voorbeeld van feitelijke contractdwang is te vinden op het terrein van zorginkoop. In de zaak *Apothekers/Agis*<sup>16</sup> waren zorginkoopovereenkomsten tussen de verzekeraar Agis en meerdere apothekers aan de orde met betrekking tot incontinentie-absorptiemateriaal. Agis biedt overeenkomsten voor het komende jaar aan onder andere voorwaarden dan golden onder de aflopende overeenkomsten. Een apotheker heeft juridisch wel de ruimte om niet akkoord te gaan met de nieuwe voorwaarden, maar de consequentie daarvan is dat hij geen nieuwe overeenkomst met deze verzekeraar kan sluiten. Indien veel klanten van de apotheek bij deze verzekeraar zijn aangesloten, is dat niet een erg aantrekkelijk vooruitzicht. Klanten gaan niet naar een apotheek waar ze het materiaal geheel of gedeeltelijk zelf moeten betalen, als dat materiaal bij andere apotheken die wel met de zorgverzekeraar hebben gecontracteerd, wel wordt vergoed.<sup>17</sup> Dat betekent dat de zorgaanbieder in veel gevallen feitelijk niet de mogelijkheid heeft om dit ‘take it or leave it’-aanbod te weigeren. Dergelijke conflicten zijn ook bekend tussen verzekeraars en bijvoorbeeld fysiotherapeuten, huisartsen en tandartsen. Hier rijst dan dezelfde vraag als bij de bakker: rust op de zorgverzekeraar dan geen contractdwang, nu hij kennelijk zijn aspirant-contractpartner in een feitelijke dwangpositie kan plaatsen? Dat is in theorie wel mogelijk en ook in rechte geprobeerd, maar zonder veel succes.<sup>18</sup> De zorgverzekeraar is en blijft in beginsel vrij om te kiezen om al dan niet een overeenkomst met een zorgaanbieder te sluiten. De burgerlijke rechter kan een eventuele weigering om met een bepaalde zorgaanbieder te contracteren wel toetsen aan normen van het mededingingsrecht en het algemene verbintenissenrecht.<sup>19</sup> Feitelijke contractdwang speelt in dit preadvies een rol in die zin, dat de dwangpositie waar degene die de overeenkomst wenst zich in bevindt, onder omstandigheden een rechtvaardiging kan vormen voor het opleggen van contractdwang. In het hierboven besproken geval prevaleerde de contractvrijheid van de verzekeraar, ondanks de afhankelijkheid van de totstandkoming van de overeenkomst van de zorgaanbieder, maar in een ander geval kan onder meer die afhankelijkheid een rechtvaardiging vormen voor het opleggen van contractdwang.

16. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, NJ 2005/482.

17. Zie over de werking van het zorgverzekeringsstelsel en de ‘zorgdriehoek’ nader par. 3.2 en Ten Oever 2023, hfdst. 6.

18. Indien de zorgverzekeraar over aanmerkelijke marktmacht beschikt, kan de NZa onder omstandigheden wel een contracteerplicht opleggen op grond van art. 48 lid 1 onder e Wmg, waarover par. 4.4.1. Zie over de rol van de zorgverzekeraar op de markt van zorginkoop par. 3.2.2.

19. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, NJ 2005/482 (*Apothekers/Agis*). Zie nader par. 4.4.2 en Ten Oever 2023, hfdst 4, m.n. par. 4.3.1-4.3.2.

## 1.4 Directe en indirecte contractdwang

In navolging van het Duitse recht, waar onderscheid wordt gemaakt tussen ‘onmiddellbare’ en ‘middelbare’ contractdwang,<sup>20</sup> onderscheid ik directe en indirecte contractdwang. Onder directe contractdwang versta ik een contracteerplicht die in een specifieke wetsbepaling staat.<sup>21</sup> Die specifieke bepaling omschrijft op wie de contracteerplicht rust, ten behoeve van wie de plicht bestaat en meestal ook tot welke prestatie de overeenkomst moet leiden. Het gaat dus om een vooropgestelde contracteerplicht. Bij indirecte contractdwang staat de contracteerplicht niet met zoveel woorden in een (wets)bepaling, maar wordt zij gebaseerd op een norm (die overigens wel in een wet kan staan), die van geval tot geval kan resulteren in een contracteerplicht. Voorbeelden zijn contractdwang gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel (art. 1 Gw, uitgewerkt in de AWGB), of gebaseerd op de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in het kader van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

## 1.5 Kanttekeningen bij indirecte contractdwang

Bij directe contractdwang bestaat een bepaalde mate van zekerheid voor degene op wie de contractdwang rust. Hij weet in welke gevallen hij moet contracteren, in welke gevallen hij eventueel kan weigeren en welke inhoud van de overeenkomst wettelijk is vastgelegd. De rechtvaardiging voor de contractdwang is doorgaans te achterhalen via de wetsgeschiedenis. In gevallen van indirecte contractdwang, waarbij de contracteerplicht in een concreet geval uit een norm wordt afgeleid, is de rechtszekerheid minder groot. De contracteerplicht is dan niet gebaseerd op een afweging in een wetgevingsproces voor een groot aantal gevallen, maar is gebaseerd op een afweging in een specifiek geval door met name de rechter.<sup>22</sup> De onzekerheid die gepaard kan gaan met indirecte contractdwang heeft in sommige commentaren op het arrest *Yin Yang*, waarin een contracteerplicht aan een bank werd opgelegd, geleid tot een pleidooi voor wetgeving. Een contracteerplicht op grond van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm wordt als onwenselijk beschouwd.<sup>23</sup>

20. Eckert 2023, BGB § 145 Bindung an den Antrag, Rn. 12-19; Busche 2021, Vorbemerkung (Vor § 145), Rn. 12 spreekt over ‘besonderer Kontrahierungszwang’ en ‘allgemeinen Kontrahierungszwang’.

21. Strikt genomen hoeft het bij directe contractdwang niet om een wetsbepaling te gaan: het gaat om de algemene gelding van de regel. Feitelijk gaat het vrijwel steeds om wettelijke bepalingen. Zie Houben 2005, p. 5.

22. Het kan ook gaan om een afweging door andere regelgevende autoriteiten, bijvoorbeeld een toezichthouder, mededingingsautoriteit of het College voor de Rechten van de Mens (hierna: CRM).

23. Zie het preadvies van Busch, par. 4.4, met nadere verwijzingen.

Daar kan aan worden toegevoegd dat bij directe contractdwang, in tegenstelling tot bij indirecte contractdwang, in menig geval de dwang niet 'schuurt'. De openbaarvervoerbedrijven laten hun treinen en bussen toch wel rijden, contractdwang of niet. Personenvervoer maakt immers hun bedrijf uit. De contractdwang wordt daar pas gevoeld als in een individueel geval de weigeringsgronden niet toereikend zijn en er tegen de wens van 'de aanbieder'<sup>24</sup> toch een overeenkomst gesloten moet worden. In andere gevallen zijn de klanten waarmee 'gedwongen' gecontracteerd wordt, gewenste klanten. De verplichtingen die mogelijk flankerend worden opgelegd, zoals een bepaalde frequentie van de dienstregeling, zijn mogelijk bezwarender dan het bestaan van een contracteerplicht als zodanig. Bij indirecte contractdwang zal de contracteerplicht doorgaans pas worden opgelegd, als een van de partijen eerst heeft geweigerd om een overeenkomst te sluiten. Het ingaan tegen de oorspronkelijke wil van een van de contractspartijen is in dat geval evidentier dan bij veel gevallen waarin directe contractdwang een rol speelt, en waar niet altijd gezegd kan worden dat het verplicht gesloten contract 'contrecoeur' was.

Er kunnen dus kanttekeningen geplaatst worden bij het opleggen van indirecte contractdwang. Dat wil niet zeggen dat ik de stelling dat indirecte contractdwang onwenselijk is, of dat meer terughoudendheid betracht moet worden bij het opleggen van indirecte contractdwang dan bij directe contractdwang vanwege het ontbreken van een expliciete wettelijke legitiematie, zonder meer onderschrijf. Zo kan bijvoorbeeld beargumenteerd worden dat in een geval waarin indirecte contractdwang voorkomt, bij uitstek recht gedaan kan worden aan de belangen in het concrete geval; er is ruimte voor maatwerk.<sup>25</sup> Ook geldt dat indirecte contractdwang, anders dan directe contractdwang, niet gepaard gaat met de invoering van dwingendrechtelijke specifieke regels in, of invloed uitoefenend op, het contractrecht.

### 1.6 Centrale vraag: rechtvaardiging van indirecte contractdwang?

De bezwaren die kunnen worden aangevoerd tegen indirecte contractdwang geven voldoende aanleiding om de rechtvaardiging van die vorm van contractdwang nader te belichten. Het doel van die belichting is om handvatten te bieden voor het beantwoorden van de vraag of het opleggen van een contracteerplicht door een civiele rechter in een bepaald voorlig-

24. Ik gebruik de term aanbieder en vrager in het vervolg in die zin dat de vrager degene is die het contract wenst en de aanbieder staat voor degene die het goed of de dienst kan verschaffen, los van het feit of hij daadwerkelijk een aanbod doet in de zin van art. 6:217 BW e.v.

25. Ofwel proportionaliteit, vgl. Haentjens 2023, p. 233.

gend geval gerechtvaardigd is. Welke argumenten of wellicht zelfs criteria kunnen daartoe worden aangewend?

Bij indirecte contractdwang is daarbij een vraag of een contracteerplicht alleen in een uitzonderlijk individueel geval gerechtvaardigd is, of dat het, zoals bij directe contractdwang, ook om categorieën van gevallen kan gaan en of in dat geval *indirecte* contractdwang (nog) gerechtvaardigd is.

Om de vraag naar de rechtvaardiging van indirecte contractdwang te beantwoorden, hanteer ik als uitgangspunt dat contractvrijheid het leidend beginsel is en dat contractdwang een uitzondering daarop vormt die moet worden gerechtvaardigd. De reden daarvoor is niet dat ik van mening ben dat contractvrijheid *in abstracto* een beginsel is dat zwaarder weegt dan bijvoorbeeld (andere) fundamentele rechten of beginselen. In algemene zin ga ik dus niet uit van een rangorde tussen dergelijke beginselen en rechten.<sup>26</sup> In het huidige contractenrecht worden meerdere, eventueel tegengestelde beginselen, zoals contractvrijheid enerzijds en solidariteit anderzijds, tegen elkaar afgewogen.<sup>27</sup>

Waar het echter contractdwang betreft en zeker de vraag naar de rechtvaardiging van het opleggen van indirecte contractdwang, stel ik contractvrijheid wel voorop en heeft die vooropstelling mijns inziens ook zin.<sup>28</sup> Door de betekenis die ik aan contractdwang geef, namelijk die van een contracteerplicht die de meest verstrekkende inbreuk op de contractvrijheid van de gedwongen contractant maakt, heeft het goede zin deze plicht af te zetten tegen het beginsel waarop zij zo'n vergaande inbreuk maakt. Nieuwenhuis beschreef contractvrijheid als rechtsbeginsel, dat de mogelijkheid bepaalt om de mate van afwijking te bepalen; rechtsbeginselen markeren de uitzondering als uitzondering.<sup>29</sup> Contractdwang kan worden gemarkeerd als uitzondering. Dat neemt niet weg dat kan blijken dat de contractvrijheid moet wijken voor andere beginselen, rechten of belangen, die de uitzondering contractdwang rechtvaardigen. En soms maakt de wetgever die afweging voor een categorie van gevallen.<sup>30</sup>

26. Zie ook Sieburgh 2004, p. 15-23.

27. Zie o.m. Hondius 1999, p. 387-393; Hesselink 2002, p. 188-190. Overigens is deze ontwikkeling al vroeg ingezet: eind 19<sup>e</sup> eeuw waren er al juristen die een beginsel als solidariteit tegenover de contractvrijheid plaatsten, zie Jansen 2003, p. 143-144. Zie ook Gierke 1889, p. 12-13 en 28-29, waarover Hofer 2019, p. 145-148.

28. Anders, althans zij acht een beginsel naar zijn aard niet geschikt om te worden uitverkoren als hét vertrekpunt voor de gedachtegang: Sieburgh 2004, p. 22-23 en 55.

29. Nieuwenhuis 1999, p. 24-25. Overigens merkt hij op dat ook de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen een rechtsbeginsel is en op zijn beurt uitgangspunt dat de plaats bepaalt van de uitzondering.

30. Vgl. Asser-Sieburgh 6-III 2022/44.

In het navolgende bekijk ik:<sup>31</sup>

- de inhoudelijke rechtvaardiging van de contractdwang (de rechtvaardigingsgrond) en
- de mate waarin de contractvrijheid door de contractdwang wordt beperkt.

Dit doe ik door een beschrijving te geven van gevallen van directe en indirecte contractdwang, maar ook van de uitzonderingen daarop. Bij directe contractdwang worden deze uitzonderingen simpelweg weergegeven als ‘uitzonderingen op de contractdwang’. Bij indirecte contractdwang wringt die terminologie soms en schrijf ik daarom in sommige gevallen over ‘argumenten tegen het opleggen van de contracteerplicht’. Bij indirecte contractdwang bestaat immers geen vooropgestelde contracteerplicht, maar dient juist nog te worden vastgesteld of zij bestaat. De argumenten tegen de indirecte contractdwang kunnen er toe leiden dat er geen contracteerplicht wordt opgelegd.

De mate waarin de contractvrijheid wordt beperkt is van belang, omdat die beperking zo gering mogelijk zou moeten zijn. Die gedachte vloeit voort uit mijn uitgangspunt dat contractdwang als meest vergaande beperking op de contractvrijheid een uitzondering moet zijn. Is derhalve het gedwongen sluiten van de overeenkomst noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken?<sup>32</sup> Ook vanuit een (rechts)economische visie kan die noodzakelijke terughoudendheid overigens beargumenteerd worden, omdat contractdwang kan leiden tot verschraling van het aanbod,<sup>33</sup> indien deze verplichting door de aanbieder(s) als te belastend wordt ervaren.

Contractdwang zou mijns inziens dus in ieder geval<sup>34</sup> een legitiem doel moeten dienen en niet verder moeten gaan dan nodig om dat doel te bereiken.

31. Ik ontleen deze elementen ten dele aan de maatstaf die Haentjens geeft voor de afweging tussen algemeen belang of het belang de zwakkere te beschermen en autonomie. Haentjens geeft aan dat die afweging wat hem betreft aan drie ‘metabeginselen’ moet voldoen: juistheid, proportionaliteit en optimalisatie, en transparantie. Concreet betekent dit volgens hem dat andere belangen vóór de contractvrijheid mogen gaan als er goede redenen zijn voor beperking van die vrijheid, de vrijheid niet disproportioneel wordt beperkt en zo min mogelijk wordt beperkt, en dat de afweging expliciet wordt gemaakt. Als maatstaf voor de proportionaliteits- en optimalisatietoets neemt hij de mate waarin de coherentie van het rechtssysteem behouden blijft. Haentjens 2014, p. 16-19 en Haentjens 2023, p. 231-233.

32. Gegeven overigens de inrichting van bijv. het onderwijs- of zorgstelsel, of marktomstandigheden.

33. Zie bijv. A-G F.G. Jacobs in zijn conclusie voor het *Bronner*-arrest, (C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264), randnr. 57; Van Boom 2020, p. 184; vgl. met betrekking tot prijsregulering Oguş 2004, p. 296-297.

34. Er zijn meer criteria mogelijk om contractdwang te evalueren: zo wordt ook coherentie of consistentie genoemd, en kan aan proportionaliteit subsidiariteit worden gekoppeld; is het doel dat met contractdwang wordt beoogd ook op een andere wijze te bereiken? Zonder meer zijn er allerlei vormen van sturing van gedrag, sturing van markten, an-

## 1.7 Opbouw van dit preadvies

Ik besteed hierna als eerste kort aandacht aan contractvrijheid (hfdst. 2). Vervolgens beschrijf ik enkele vormen van directe contractdwang (hfdst. 3). Zij geven een beeld van gevallen waarin de wetgever aanleiding heeft gezien om over te gaan tot een categoriale, vergaande, beperking van de contractvrijheid en de rechtvaardigingsgronden die daarvoor zijn aangevoerd. Daarna ga ik in op indirecte contractdwang (hfdst. 4). Uit de aard der zaak is een strakke opsomming van gevallen van indirecte contractdwang niet mogelijk, maar ik heb toch een poging gedaan een indeling te maken. Die indeling loopt bij wijze van beeld langs twee assen: een horizontale en verticale. De horizontale as ziet op de norm die is overschreden, waarbij ik de gelijke behandelingsnorm en het verbod op misbruik van machtspositie behandel. De verticale as vormt de sector waarin de contractdwang zich afspeelt, waarbij ik heb gekozen voor zorg, onderwijs en de financiële sector.<sup>35</sup> Uiteraard is dit een beperkte selectie van mogelijke normen en sectoren. Sommige gevallen zullen zowel op de horizontale als op de verticale as een plaats vinden. Daarna ga ik in op de rechtvaardiging van contractdwang. Deze rechtvaardiging kan per type of geval van contractdwang verschillen, maar er zijn wel enige gemene delers te onderscheiden (hfdst. 5). Deze leiden mij tot een model dat mogelijk behulpzaam kan zijn bij de beantwoording van de vraag of het opleggen van een contracteerplicht in een concreet geval voldoende gerechtvaardigd is (hfdst. 6).

De lading van het begrip ‘rechtvaardiging’ verandert in de loop van dit preadvies: in eerste instantie inventariseer ik welke rechtvaardiging er door met name wetgever, maar ook rechter en literatuur wordt gegeven voor specifieke gevallen van contractdwang (dus voornamelijk descriptief).<sup>36</sup> Vervolgens geef ik er een meer normatieve lading aan: vind ik dat deze gevonden rechtvaardigingsgronden ook gebruikt zouden moeten worden als criteria om te bepalen of in een concreet geval een contracteerplicht aangewezen is? Ik beperk die normatieve lading tot een specifiek geval van indirecte contractdwang in een civiele casus (zie het beslismodel in par. 6.5), dus dit preadvies bevat geen normatief oordeel over alle mogelijke rechtvaardigingsgronden van contractdwang.

---

dersoortige regelgeving mogelijk, waarmee men ook kan trachten dat doel te bereiken. Ik ga niet op alle mogelijke evaluatiecriteria in, maar concentreer mij op de rechtvaardigingsgronden voor de contractdwang en de proportionaliteit daarvan.

35. De keuze voor deze sectoren is ingegeven door ontwikkelingen op het terrein van contractdwang, hetgeen met name geldt voor de zorgsector en de financiële sector, in combinatie met het feit dat er in deze sectoren zowel directe als indirecte contractdwang voorkomt. Bovendien heb ik in mijn proefschrift geen specifieke aandacht aan deze sectoren besteed.
36. Al geef ik bij de behandeling van de proportionaliteit vaak wel aan of ik het doel dat met de contractdwang wordt beoogd in beginsel legitiem acht.