

# De onvrijheid om te contracteren: de (potentiële) betekenis van ‘contractdwang’ in tijden van crisis

*Mr. J. den Hartog en mr. dr. K.L. Maes\**

## 1 Inleiding

### 1.1 Aanleiding: ‘dwang’ in tijden van crisis

Dwang impliceert een machtsuitoefening om iemand iets te laten doen, zo vat Van Dale samen. Het is een term die na de intrede van het coronavirus in ons land in 2020 tot veel discussie heeft geleid. De plicht om te testen, om een QR-code te laten zien, om thuis of in eigen land te blijven of om voor een avondklok weer thuis te zijn; gevoelens van (impliciete of expliciete) dwang bleken voer voor discussies, opstand en polarisatie.

In veel bredere zin was en is het principe van ‘dwang’ op zichzelf bezien echter niets nieuws onder de zon van ons rechtssysteem. Zo is een nadrukkelijke vorm van dwang terug te vinden in de rechtsfiguur ‘contractdwang’. Het gaat hier om de beperking van de (contract)vrijheid van een partij om te beslissen of zij een overeenkomst aangaat, met wie zij een overeenkomst aangaat en/of onder welke voorwaarden zij een overeenkomst aangaat.<sup>1</sup> Contractdwang kan zijn weerslag vinden in specifieke (sector)wetten, maar kan ook op een meer indirecte wijze bestaan, namelijk in die gevallen waarin dit zijn grondslag vindt in rechtsbeginselen (zoals het gelijkheidsbeginsel) of in open normen (zoals de ongeschreven zorgvuldigheidnorm of de redelijkheid en billijkheid).<sup>2</sup> Het Yin Yang-arrest van eind 2021 biedt hiervan een illustratie.<sup>3</sup> In deze uitspraak werd (kort gezegd) een bank verplicht een bankrekening aan te bieden aan een saunaclub, en daarmee dus gedwongen om met een specifieke klant te contracteren. Zonder bankrekening zou

het voor deze saunaclub immers vrijwel onmogelijk zijn om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer.

Deze uitspraak laat zien dat maatschappelijke posities of belangen onder omstandigheden via het (ongeschreven) recht een rechtvaardiging voor contractdwang in een private relatie tussen twee commerciële partijen kunnen bieden. De vervolgvragen na de ‘coronajaren’ en in (en na) tijden van oorlog,<sup>4</sup> energiecrisis,<sup>5</sup> inflatie,<sup>6</sup> woningnood,<sup>7</sup> personeelstekorten,<sup>8</sup> vluchtelingen crisis,<sup>9</sup> stikstofcrisis<sup>10</sup> en voortdurende klimaatcrisis<sup>11</sup> – met verschillende, daaruit voortvloeiende maatschap-

\* Mr. J. den Hartog is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht. Mr. dr. K.L. Maes is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht en als onderzoeker en universitair docent verbonden aan de Universiteit Utrecht.

1 Zie over deze definitie en over contractdwang in het algemeen I.S.J. Houben, Contractdwang (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 2-3; I.S.J. Houben, Contractdwang, in: I.S.J. Houben & D. Busch, Contractdwang en contractvrijheid (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2023), Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, p. 21.

2 Zie over indirecte contractdwang uitgebreid Houben 2023.

3 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (Yin Yang), r.o. 3.2, in navolging van Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.12-3.13.

4 Te denken valt in het bijzonder aan de oorlogen in Oekraïne en Gaza, die het Nederlands maatschappelijk debat direct beïnvloeden en die – zeker de Oekraïne crisis – ook voor opschudding op de Nederlandse en Europese markt zorgen. Benadrukt zij dat ook andere landen kampen met oorlog en politieke instabiliteit. Denk aan de burgeroorlogen in Soedan, Somalië, Jemen, Myanmar, Ethiopië en Syrië, aan het conflict tussen Azerbeidzjan en Armenië en ook aan de politieke onrust tussen China en Taiwan. Te wijzen valt op M. Kerres, Ja, 2023 was echt erger dan andere jaren, NRC 29 december 2023.

5 Nadat de economie langzaam herstelde van de (o.a.) door corona veroorzaakte dip én na de Russische invasie in Oekraïne stegen de energie- en gasprijzen. Zie voor een overzicht International Energy Agency, Global Energy Crisis, online raadpleegbaar via [www.iea.org/topics/global-energy-crisis](http://www.iea.org/topics/global-energy-crisis).

6 P. de Lange, Historische inflatie in 2022, hoogste in bijna vijftig jaar, de Volkskrant 10 januari 2023; CPB, Concept Macro Economische Verkenning 2024, online raadpleegbaar – tezamen met de kerngegevens – via [www.cpb.nl/macro-economische-verkenning-mev-2024#:~:text=Raming%20september%202023%20\(MEV%202024\)&text=Dat%20blijkt%20uit%20de%20Macro,de%20armoede%20in%202024%20oploopt](http://www.cpb.nl/macro-economische-verkenning-mev-2024#:~:text=Raming%20september%202023%20(MEV%202024)&text=Dat%20blijkt%20uit%20de%20Macro,de%20armoede%20in%202024%20oploopt).

7 Helpt woningzoekenden ervaart problemen, blijkt uit onderzoek, NOS 2 november 2023.

8 SCP, Kennisnotitie arbeidsmarktcraptes, 16 februari 2023, online raadpleegbaar via [www.scp.nl/dossiers/publicaties/publicaties/2023/02/16/kennisnotitie-arbeidsmarktcraptes](http://www.scp.nl/dossiers/publicaties/publicaties/2023/02/16/kennisnotitie-arbeidsmarktcraptes); CBS, Drie kwart van de ondernemers ervaart personeelstekort, 24 augustus 2023, online raadpleegbaar via [www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2023/34/drie-kwart-van-de-ondernemers-ervaart-personeelstekort](http://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2023/34/drie-kwart-van-de-ondernemers-ervaart-personeelstekort).

9 UNHCR, Global Trends Rapport: aantal mensen gedwongen op de vlucht bereikt nieuw record, UNHCR roept op tot gecoördineerde actie, 14 juni 2023, online raadpleegbaar via [www.unhcr.org/nl/2023/06/global-trends/](http://www.unhcr.org/nl/2023/06/global-trends/).

10 Dit is wat je moet weten om de stikstofcrisis te begrijpen, NOS 18 juni 2022.

11 IPCC, AR6 Synthesis Report. Climate Change 2023, online raadpleegbaar via [www.ipcc.ch/report/ar6/syr/](http://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/).

pelijke tekorten, behoeften en belangen tot gevolg<sup>12</sup> – liggen daarmee voor het oprapen. Want wanneer is een maatschappelijk belang of de maatschappelijke positie van een van de betrokken partijen *belangrijk* of *groot* genoeg om het principe van contractvrijheid terzijde te schuiven? Dat gesloten contracten opengebroken of gewijzigd kunnen worden en dat juist crisistijden de hoge drempels van het beginsel van trouw aan het gegeven woord kunnen doorbreken, heeft onder meer de ‘coronarechtspraak’ ons laten zien.<sup>13</sup> Maar kunnen commerciële partijen in die(zelfde) omstandigheden ook worden gedwongen überhaupt een contract met een andere commerciële partij aan te gaan? Of concreter en vertaald naar de huidige (crisis)tijd: kan de heilige graal van ‘maatschappelijke belangen’ in tijden van pandemieën, tekorten en oorlogen commerciële partijen dwingen overeenkomsten aan te gaan om te voorzien in (door die crisis blootgelegde) maatschappelijke behoeften? En zo ja, tegen welke voorwaarden? Deze bijdrage strekt tot een beantwoording van deze vragen. Daarbij wordt in zekere mate voortgebouwd op het preadvies van Houben (eind 2023).<sup>14</sup>

### 1.2 Afbakening en plan van behandeling

In dit artikel worden de twee ingeleide thema’s – dwang en crisis – samengebracht. Uit het voorgaande volgde al dat wij ons daarbij niet beperken tot alleen de coronacrisis: er zijn (veel) meer crisissituaties die tot juridisch afdwingbare maatregelen voor commerciële partijen kunnen leiden.<sup>15</sup> Bovendien is het doel van het artikel om op metaniveau en juist in verschillende

contexten te bekijken welke betekenis contractdwang in potentie kan hebben als de tekorten en maatschappelijke belangen groot (genoeg) zijn. Daarbij past het dus niet om één specifieke crisiscontext uitputtend te behandelen of bepaalde (potentiële) crisissituaties van de bespreking uit te sluiten.

Met ‘crisis’ wordt daarom in het vervolg van deze bijdrage geïndiceerd op een urgente (en vaak plotselinge) situatie van nood, waarbij vitale belangen van de samenleving zijn of dreigen te worden aangetast. De crisis bedreigt het voortbestaan van een sociaal systeem en vergt snel (en vaak ad hoc) handelen, waarbij (vergaande) beslissingen vaak in onzekerheid moeten worden gemaakt.<sup>16</sup> Overigens zij daarbij opgemerkt dat het begrip crisis aan een zekere ‘inflatie’ onderhevig is. De drempel om een situatie als ‘crisis’ te markeren, lijkt tegenwoordig lager te liggen. Waar in het verleden met de term crisis meestal op acute noodsituaties (rampen) werd gedoeld, worden daar tegenwoordig ook de voortdurende situaties van nood – zoals klimaatverandering en woningnood – onder geschaard.<sup>17</sup> In dit artikel hanteren wij deze brede definitie van crisis, waarin een crisis dus niet per se ‘acuut’ hoeft te zijn, maar ook ‘sluimerend’ kan zijn.

Het artikel is als volgt opgebouwd. Allereerst worden de principes van contractvrijheid en contractdwang nader besproken (par. 2), waarna een weergave volgt van de contexten waarin *directe* contractdwang in het Nederlandse recht zijn weerslag vindt (par. 3). Vervolgd wordt met een bespreking van de verschijningsvormen van *indirecte* contractdwang, waarbij ook de belangrijkste conclusies uit het Yin Yang-arrest onder de aandacht worden gebracht (par. 4). In de daaropvolgende paragrafen wordt stilgestaan bij de (hoofd)vraag welke betekenis contractdwang in tijden van crisis kan hebben voor de levering van maatschappelijke tekorten door commerciële partijen. Daartoe wordt allereerst bekeken welke betekenis die crisiscontext heeft gehad voor de mogelijkheid om gesloten contracten open te breken (par. 5). In dat kader en gegeven de kaders van contractdwang die in de daarvoor gelegen paragrafen zijn besproken, wordt de voornoemde hoofdvraag beantwoord (par. 6). Besloten wordt met een conclusie (par. 7).

- 12 In de context van corona kan worden gedacht aan de tekorten aan mondkapjes en vaccinaties. In de context van de oorlog in Oekraïne en de energiecrisis kan worden gedacht aan de grondstoffentekorten, de tekorten aan bouwmaterialen zoals hout en staal, en de inflatie en andere prijsstijgingen. In de context van de klimaatcrisis kan worden gedacht aan voedsel- en drinkwatertekorten. In meer algemene zin kan bij alle genoemde crises worden gedacht aan de in de maatschappij gevoelde behoefte om tegen de (gevolgen van de) crises beschermd te worden, zie nader par. 5 en 6.
- 13 Het gaat dan in het bijzonder om de rechtspraak waarin bestaande overeenkomsten (i.h.b. huurovereenkomsten) konden worden gewijzigd met een beroep op onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW. Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, NJ 2023/2 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper. Zie voor een rechtspraakoverzicht ook J. den Hartog, Onvoorziene omstandigheden pre- en post-corona, Weert: Celsus 2021, p. 55-78.
- 14 In dit preadvies staat zij stil bij de rechtvaardigingen voor indirecte contractdwang. Waar Houben die rechtvaardigingsgronden meer in algemene zin en in het kader van een omvangrijker advies bespreekt, spitsen wij onze vraagstukken in dit artikel (vervolgens) meer toe op de concrete context van crisis en beantwoorden wij deze tegen de achtergrond van de in diezelfde crises ontwikkelde rechtvaardigingsgronden voor wijziging en/of beëindiging van reeds gesloten contracten. Voor het bredere onderzoek van Houben zij gewezen op haar conclusies in Houben 2023, i.h.b. p. 87-109. Zie ook, toegespitst op contractdwang in de financiële sector, het preadvies van Busch: D. Busch, Contractdwang en contractvrijheid in de financiële sector, in: I.S.J. Houben & D. Busch, Contractdwang en contractvrijheid (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2023), Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, p. 121-303.
- 15 In het oog springt in dat kader het oordeel van de rechtbank Den Haag dat Shell verplicht is tot reductie van haar CO<sub>2</sub>-uitstoot, en wel op grond van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die ex art. 6:162 lid 2 BW op Shell rust. Zie Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Milieudefensie/Shell).

- 16 De definitie van ‘crisis’ is op een vergelijkbare wijze opgenomen in art. 1 Wet veiligheidsregio’s. Zie over de definitie van crisis onder veel meer U. Rosenthal & G.H. Scholten, Crises en openbaar bestuur, Beleid en Maatschappij 1977, afl. 12, p. 371-374; U. Rosenthal, R.A. Boin & L.K. Comfort, The Changing World of Crises and Crisis Management, in: U. Rosenthal, R.A. Boin & L.K. Comfort, Managing Crises: Threats, Dilemmas, Opportunities, Springfield, IL: Charles C. Thomas 2001, p. 5-8; E.R. Muller, Crisis en recht, in: E.R. Muller e.a., Crises, rampen en recht (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2014-I), Deventer: Kluwer 2014, p. 4-5; R.A. Boin, P. ’t Hart, E. Stern & B. Sundelius, The Politics of Crisis Management: Public Leadership under Pressure, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 2-4.
- 17 Zie over deze ontwikkeling ook Nederlands Instituut Publieke Veiligheid (NIPV), Toekomstverkenning crisisbeheersing (trendrapport), oktober 2022, p. 61-64, waarin ook wordt stilgestaan bij de nadelen daarvan, met name met betrekking tot de beoordeling van crisismanagement door de overheid.

## 2. De (on)vrijheid om te contracteren

### 2.1 Contractvrijheid

Contractvrijheid omvat de vrijheid van partijen om te beslissen (1) *of* zij een contract willen sluiten, (2) *met wie* zij een contract willen sluiten, en (3) wat *de inhoud* van dit contract zal zijn.<sup>18</sup> De contractvrijheid wordt als een basisbeginsel van het Nederlandse contractenrecht beschouwd; een van de belangrijkste rechtvaardigingen voor de verbindende kracht van een overeenkomst is dat die overeenkomst in vrijheid tot stand is gekomen op basis van de wilsovereenstemming tussen twee autonoom handelende partijen.<sup>19</sup> De contractvrijheid is niet absoluut. Zo wordt de vrijheid om de inhoud van een overeenkomst te bepalen op diverse wijzen begrensd door de wet (in het bijzonder in de vorm van bepalingen van dwingend recht die beogen de minder deskundige contractspartij te beschermen), door de goede zeden, de openbare orde en de redelijkheid en billijkheid.<sup>20</sup> Daarnaast kunnen specifieke omstandigheden meebrengen dat de inhoud van een gesloten overeenkomst moet worden gewijzigd, maar zelfs ook dat een partij – een fase eerder – überhaupt gedwongen wordt een overeenkomst met een bepaalde partij aan te gaan. In dat laatste geval is er sprake van ‘contractdwang’.

### 2.2 Contractdwang

Contractdwang betreft dus de plicht om te contracteren met een andere partij en roept op die manier een ‘contracteerplicht’ in het leven. De gedwongen partij mag niet weigeren het betreffende contract aan te gaan. Contractdwang maakt daarmee in de kern inbreuk op de vrijheid van partijen om autonoom te (kunnen) beslissen *of* zij al dan niet een contract aangaan.<sup>21</sup> Een neveneffect daarvan zal doorgaans zijn dat ook inbreuk wordt gemaakt op de in paragraaf 2.1 omschreven onderdelen 2 en 3 van contractvrijheid. Het bestaan van contractdwang impliceert immers dat er geen vrijheid meer bestaat om te kiezen *met wie* een contract gesloten wordt (onderdeel 2) en dat de partij die wordt gedwongen om een overeenkomst aan te gaan, eveneens wordt beperkt in de mogelijkheid om *de inhoud* van die overeenkomst te bepalen (onderdeel 3). Het is immers niet de bedoeling dat deze ‘gedwongen’ partij door het stellen van onredelijke contractuele voorwaarden

probeert haar wederpartij af te schrikken om op die manier alsnog onder haar contracteerplicht uit te komen (zie nader par. 6.2).<sup>22</sup>

Contractdwang kent verschillende vormen. Zo kunnen contracteerplichten direct uit de wet voortvloeien. In dat geval is er sprake van *directe* contractdwang. Contractdwang kan echter ook bestaan in gevallen waarin hiervoor geen expliciete wettelijke grondslag voorhanden is, maar de contractdwang wordt gebaseerd op de uitwerking van een bepaalde (open) norm. Dan is er sprake van *indirecte* contractdwang.<sup>23</sup> Een voor de hand liggende norm waaruit onder omstandigheden een indirecte contracteerplicht afgeleid zou kunnen worden, is de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW. Indirecte contractdwang bestaat dan in die gevallen waarin de ‘gedwongen’ partij in strijd zou handelen met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt op het moment dat zij *niet* zou contracteren. De ongeschreven zorgvuldigheidsnorm legt zodoende een rechtens afdwingbare contracteerplicht op.

Of er in een concreet geval een indirecte contracteerplicht bestaat, zal dus afhankelijk zijn van de omstandigheden van dat geval. Het enkele feit *dát* er aan de vraagzijde van een overeenkomst een bepaalde feitelijke noodzaak bestaat om te contracteren, is voor het aannemen van een (indirecte) contracteerplicht onvoldoende. Zo doen zich in de praktijk geregeld situaties voor waarin een partij een bepaald goed of een bepaalde dienst nodig heeft en daarvoor afhankelijk is van een andere partij, die een ‘take it or leave it’-aanbod doet. Alhoewel de partij die het goed of de dienst nodig heeft zich gedwongen zal zien dit aanbod te aanvaarden, is er niet reeds op die (enkele) grond sprake van een rechtens afdwingbare contracteerplicht (tegen bepaalde voorwaarden) aan de zijde van haar wederpartij.<sup>24</sup> Het bestaan van een dergelijke dwangpositie kan uiteraard wel gewicht in de schaal leggen bij de beoordeling of van een indirecte contracteerplicht sprake is.

Ten behoeve van de beantwoording van de vraag welke betekenis contractdwang in de context van crisis voor commerciële partijen kan hebben, is het van belang de kaders van contractdwang nader onder de loep te nemen. In het navolgende wordt daarom bekeken in welke gevallen en contexten contractdwang zich in de praktijk voordoet en wat in die contexten de achterliggende redenen zijn voor het opleggen van de respectievelijke contracteerplichten. In paragraaf 3 wordt daarom ter illustratie – en zonder daarbij uitputtend te willen

18 Houben 2005, p. 2; Asser/Sieburgh 6-III 2022/41. Contractvrijheid omvat hiermee eveneens de vrijheid om *niet* te contracteren als men dat niet wil – de afwezigheid van de dwang tot contracteren – en de mogelijkheid om een gesloten overeenkomst te beëindigen. Zie nader J.H. Nieuwenhuis, Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), Contractvrijheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 25; I.S.J. Houben, Het dubbele gelaat van de contractvrijheid, in: A.G. Castermans e.a. (red.), Ex libris Hans Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 2009, p. 323-324.

19 Zie J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 6-7.

20 Zie over de ontwikkeling waarin steeds meer (wettelijke) beperkingen op de contractvrijheid worden aangebracht, Asser/Sieburgh 6-III 2022/51 e.v.

21 P. Klik, Contractsdwang, in: P. Klik & P. Kuipers, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad: Koninklijke Vermande 1992, p. 5; Houben 2005, p. 2-3.

22 Zie hierover ook Houben 2005, p. 3.

23 De termen *directe* en *indirecte* contractdwang zijn afkomstig van Houben 2005, p. 4, die zij op haar beurt weer heeft ontleend aan de Duitse termen ‘mittelbarer’ en ‘unmittelbarer Kontrahierungszwang’.

24 Houben 2023, p. 24, verwijst voor een voorbeeld van deze, wat zij noemt, ‘feitelijke contractdwang’ naar HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, NJ 2005/482 m.nt. M.R. Mok (Apotheekers/Agis).

zijn<sup>25</sup> – ingegaan op (voorbeelden van en redenen voor) directe contractdwang en in paragraaf 4 op (voorbeelden van en redenen voor) indirecte contractdwang.

### 3 Directe contractdwang in verschillende contexten

#### 3.1 Voorbeelden en rechtvaardigingen van directe contractdwang

##### *De 'klassiekers'*

Directe contractdwang komt in het Nederlandse recht op diverse plekken voor. Een in het oog springende vorm van contractdwang betreft de verplichting van iedere Nederlandse ingezetene om een zorgverzekering aan te gaan en de daartegenover staande verplichting van zorgverzekeraars om een verzekering aan die ingezetenen aan te bieden (de 'acceptatieplicht').<sup>26</sup> De ratio van deze (wederzijdse) contractdwang is gelegen in de solidariteitsgedachte dat iedereen toegang dient te hebben tot noodzakelijke, kwalitatief hoogwaardige medische zorg.<sup>27</sup> Ook het Nederlandse onderwijsrecht biedt een goed voorbeeld van (wederzijdse) directe contractdwang:<sup>28</sup> ieder kind boven de 5 jaar en onder de 16 jaar is leerplichtig en dus verplicht om naar school te gaan. Scholen dienen leerlingen die zich aanmelden en aan de toelatingsvoorwaarden voldoen tot de school toe te laten om het recht op onderwijs te waarborgen.<sup>29</sup> Onderwijs draagt immers bij aan

de ontwikkeling en zelfontplooiing van het kind en zodoende aan het creëren van een opgeleide en veilige samenleving.<sup>30</sup>

Een ander (school)voorbeeld van directe contractdwang is te vinden in de wettelijke verplichting van banken om aan consumenten een basisbetaalrekening aan te bieden.<sup>31</sup> De rechtvaardiging voor het opleggen van deze verplichting wordt daarin gevonden dat het zonder toegang tot een betaalrekening feitelijk onmogelijk is om – in de huidige inrichting van onze (markt)samenleving en economie – deel te kunnen nemen aan het maatschappelijk verkeer.<sup>32</sup> Directe contractdwang is bovendien terug te vinden in de regulering van diverse vrije beroepen. Een in het oog springend voorbeeld daarvan biedt de in de Wet op het notarisambt (Wna) opgenomen ministerieplicht van de notaris.<sup>33</sup> Deze plicht houdt in dat de notaris verplicht is om de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten, behalve als zich een weigeringsgrond voordoet.<sup>34</sup> De rechtvaardiging voor deze contracteerplicht, die overigens ook de basis vormt voor de ministerieplicht van gerechtsdeurwaarders en advocaten,<sup>35</sup> is gelegen in de monopoliepositie die deze beroepsbeoefenaars innemen. De tussenkomst van een notaris is immers noodzakelijk om bepaalde essentiële rechtshandelingen te verrichten, zoals het kopen van een huis. Tussenkomst van een advocaat is (in verschillende gevallen) noodzakelijk om toegang tot het recht te verkrijgen, hetgeen een fundamenteel recht is (art. 6 EVRM).<sup>36</sup>

Daarnaast komt directe contractdwang veel voor in diverse sectoren waarin toegang tot een bepaalde infrastructuur noodzakelijk is. Zo valt te denken aan de energiesector, in welk kader de Elektriciteitswet de netbeheerder verplicht om degenen die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het

25 Zie uitgebreid(er) over diverse vormen van directe contractdwang die het Nederlandse recht kent Houben 2005, hoofdstuk 2 t/m 7; Houben 2023, p. 35-50.

26 Art. 2 en 3 lid 1 Zorgverzekeringswet.

27 Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 2, onder verwijzing naar art. 22 Gw. Zie over deze wederzijdse contractdwang ten aanzien van de zorgverzekering uitgebreid N. Frenk, De Zorgverzekeringswet: contractdwang in overtreffende trap, in: N. Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 139-149.

28 In de literatuur bestaat wel discussie over de vraag of de relatie tussen een school en een leerling (althans de ouders) kwalificeert als een 'onderwijs-overeenkomst'. Zie voor een weergave daarvan S. Voskamp, *Onderwijs-overeenkomst* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 5-19. Wij sluiten ons aan bij de auteurs die wel van het (in beginsel) bestaan van een onderwijsovereenkomst naar burgerlijk recht uitgaan. Zie in dit verband Voskamp 2018, p. 268-271, die de bezwaren tegen die kwalificatie (naar wij menen overtuigend) weerlegt. Zie verder Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502, r.o. 7.2-7.10; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Ouders en kinderen als partij bij een overeenkomst*, WPNR 2017, afl. 7159, p. 556.

29 I.h.b. art. 2 Leerplichtwet en art. 23 lid 3 Gw. Zeker de contractdwang aan de zijde van de school kent overigens wel enkele nuanceringen, omdat het scholen wel vrijstaat om bepaalde toelatingsvoorwaarden te hanteren of om, bijv. vanwege capaciteitsoverwegingen, een leerling te weigeren ('de school zit vol'), en omdat de contractdwang ook niet per school gelijk is (een openbare schoolervaart meer contractdwang dan een bijzondere school). Zie over de mate van contractdwang voor leerlingen en scholen uitgebreid Voskamp 2018, p. 31-41. Vgl. HR 30 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5728, NJ 1989/883 m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 8.1.

30 Zie over deze en meerdere rechtvaardigingen bijv. J. Sperling, 'Moet jij niet naar school?' Een onderzoek naar de juridische aspecten van thuisonderwijs vanuit Nederlands en rechtsvergelijkend perspectief (diss. Rotterdam), 2010, p. 22 e.v.; Voskamp 2018, p. 39; P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag: Boom juridisch 2023, hoofdstuk 2. Zie ook Houben 2023, p. 46-47, over het voorkomen van armoede en criminaliteit als achterliggende rechtvaardiging van de contractdwang in het Nederlandse onderwijs.

31 Art. 4:71f e.v. Wft.

32 Zie i.h.b. overwegingen 3 en 44 van de considerans bij Richtlijn 2014/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties (PbEU 2014, L 257/214). Zie nader over deze contractdwang Busch 2023, i.h.b. p. 197-200.

33 Art. 21 lid 1 Wna.

34 Zie nader ten aanzien van de ministerieplicht van de notaris HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479 m.nt. S. Perrick, r.o. 3.4.2.

35 Zie de ministerieplicht van de gerechtsdeurwaarder in art. 11 Gerechtsdeurwaarderswet en art. 13 Advocatenwet over de verplichting van de advocaat om werkzaamheden uit te voeren als hij daarvoor is aangewezen door de deken.

36 Zie uitgebreid Houben 2005, p. 107-139, die ook ingaat op de rechtvaardiging van het bestaan van die monopolies.

net en het transport van energie voor die partij te verzorgen.<sup>37</sup> De beheerder van het gastransportnet heeft op grond van de Gaswet diezelfde verplichting. De netbeheerders dienen bovendien zorg te dragen voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers.<sup>38</sup> Vergelijkbaar is de (contracteer)verplichting die op dit moment op KPN rust (en die ook op andere aanbieders van elektronische communicatiediensten kan worden gelegd) op grond van de Telecommunicatiewet. Zij moet ervoor zorg dragen dat voor iedere eindgebruiker toegang bestaat tot een elektronisch communicatienetwerk (het telefoon- en internetnetwerk).<sup>39</sup> Eveneens is vergelijkbaar de op drinkwaterbedrijven rustende verplichting om binnen hun distributiegebied aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om die persoon te voorzien van een aansluiting op het door hen beheerde leidingnet of om – met gebruikmaking van het door hen beheerde leidingnet – aan die persoon drinkwater te leveren.<sup>40</sup> Ook in het openbaar vervoer komt directe contractdwang voor. Zo is een beheerder van het spoornetwerk bijvoorbeeld verplicht om toegangsovereenkomsten te sluiten met spoorwegondernemingen.

De rechtvaardiging voor de directe contractdwang in deze sectoren is er met name in gelegen dat toegang tot deze diensten en goederen (energie, telecommunicatie, drinkwater en openbaar vervoer) een primaire levensbehoefte is van de eindgebruikers en er een beperkt aantal partijen is dat deze toegang aan die gebruikers kan verschaffen.<sup>41</sup> Om te verzekeren dat zij niet verstoken blijven van dergelijke primaire levensbehoeften, is in deze sectoren de tussenkomst vereist van verschillende monopolisten, die in veel gevallen de noodzakelijke netwerken beheren en daarom een contracteerplicht opgelegd kunnen krijgen.<sup>42</sup> Daarnaast is een achterliggende gedachte dat de verplichting van de monopolisten om toegang te geven tot de door hen beheerde elektriciteits-, gas-, telecommunicatie- en spoorwegnetwerken noodzakelijk is voor een betere markt-

werking (meer concurrentie op de respectievelijke sectormarkten), hetgeen tot lagere c.q. betaalbare prijzen voor de eindgebruikers kan leiden.

#### *Contractdwang in crisissituaties*

Verschillende soorten crisissituaties hebben in het verleden tot verschillende vormen van directe contractdwang geleid. Deze ‘dwang’ werd dan gegrond op noodwetgeving waarmee de overheid kon (en kan) ingrijpen in het handelsverkeer in die gevallen waarin buitengewone omstandigheden dergelijke ingrepen noodzakelijk maakten. Op deze manier heeft het principe van contractvrijheid met name in de Eerste en de Tweede Wereldoorlog en in de economische crisis van de jaren dertig, in het kielzog van dit soort noodwetgeving, geregeld op de tocht gestaan.<sup>43</sup> Een voorbeeld daarvan betreft de Distributiewet 1939. Deze wet – die nog steeds geldt en als noodwetgeving kan worden ingeroepen indien buitengewone omstandigheden dat noodzakelijk maken<sup>44</sup> – stelde de overheid (althans een bepaalde functionaris) in staat om verkopers te verplichten goederen aan aangewezen kopers te verkopen.<sup>45</sup> De rechtvaardiging van deze contractdwang wordt in de aanhef bij de Distributiewet gegeven:

‘Alzoo Wij in overweging genomen hebben, dat het noodzakelijk is regelen te stellen teneinde in geval van oorlog, oorlogsgevaar of andere buitengewone omstandigheden een doelmatige distributie van goederen in het belang van volkshuishouding, landsverdediging en veiligheid van niet-militaire personen of lichamen mogelijk te maken.’

Een ander sprekend voorbeeld van (door de Tweede Wereldoorlog ingegeven) publiekrechtelijk ingrijpen in het privaatrechtelijke handelsverkeer door partijen te dwingen te contracteren<sup>46</sup> is de zogenoemde Herverkavelingswet Walcheren uit

37 Art. 23 en 24 Elektricitwet. De netbeheerder moet dit bovendien doen in overeenstemming met bepaalde tarieven en voorwaarden die ook in de Elektricitwet worden voorgeschreven.

38 Art. 14 en 44 Gaswet en art. 95b Elektricitwet. Dit alles tegen redelijke tarieven en voorwaarden. Vgl. ook de voorgestelde EU-waterstofstrategie in het kader van de Europese Green Deal, waarin – tegen de achtergrond van de klimaatcrisis en verduurzaming – het gebruik van waterstof zo veel als mogelijk wordt gestimuleerd en gefaciliteerd. Ook daar wordt toegang tot de infrastructuur bewerkstelligd door middel van contractdwang. Zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een waterstofstrategie voor een klimaatneutraal Europa, COM(2020)301 final, 8 juli 2020, i.h.b. p. 1-4 en 16-22.

39 Art. 9.1, 9.2 en 20.1 Telecommunicatiewet. Zie nader Asser/Houben 7-X 2019/205 en 264.

40 Art. 8 lid 1 en 2 Drinkwaterwet.

41 We hanteren hier en in het vervolg van deze bijdrage een breed begrip van ‘primaire levensbehoeften’, waaronder uiteraard de basisbehoeften worden verstaan om fysiek te kunnen overleven (voedsel, drinken, onderdak en kleding). In het verlengde daarvan doelen wij daarmee ook op de basisbehoeften die noodzakelijk zijn om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer, zoals onder meer toegang tot onderwijs, maar bijv. ook toegang tot openbaar vervoer en een bankrekening. Zie nader par. 3.2.

42 Zie Houben 2023, p. 35-36. Zie ter illustratie ook de MvT bij de Drinkwaterwet: Kamerstukken II 2006/07, 30895, nr. 3, p. 5.

43 Zie ook nader par. 5 en C.J.H. Jansen, Noodwetgeving en privaatrecht, NJB 2020, afl. 21, p. 1508-1517. Zie over deze ontwikkelingen ook C.J.H. Jansen, Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19e eeuw, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 133-151; C.J.H. Jansen, De impact van de Eerste Wereldoorlog op het Nederlandse privaatrecht, NJB 2014, afl. 22, p. 1491-1499; W.H. van Boom, De Grote Oorlog en het Nederlandse overeenkomstenrecht – neutraliteit, weerstand en responsiviteit, TvPr. 2018, afl. 1, p. 55-90.

44 Zie over dit ‘staatsnoodrecht’ en overigens ook over hoe verouderd dit, zo ook de Distributiewet 1939, is J. Vink, Het Nederlandse staatsnoodrecht, NJB 2020, afl. 18, p. 1308-1316. Zie ook het (ongevraagde) advies van de Raad van State over een modernisering van het staatsnood- en crisissenrecht: bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 29668, nr. 65. Verschillende van deze wetten gaan overigens wel in consultatie in 2024, zie daarover recentelijk ook J.E.J. Prins, Wensdenken & herziening van het staatsnoodrecht, NJB 2024, afl. 1, p. 5.

45 Zie i.h.b. art. 10a lid 1, 2 en 4 Distributiewet.

46 Zie over deze ontwikkeling ook C.J.H. Jansen, De ontwikkelingen in het privaatrecht in de eerste jaren na de bevrijding (1945-1950), RMThemis 2019, afl. 6, p. 247-253; C.J.H. Jansen, De crisis van de jaren dertig van de vorige eeuw en het Nederlandse privaatrecht, RMThemis 2022, afl. 2, p. 53-62. Zie ook reeds veel eerder (kritisch) J.H. Beekhuis, Contract en contractsvrijheid (rede Groningen 1953), in: Geschriften van J.H. Beekhuis, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 190.

1947. De overheid – althans een samen te stellen herkavelingscommissie – was bevoegd om in het belang van de herverkaveling een pachtovereenkomst tot stand te brengen tussen een verpachter en een grondgebruiker.<sup>47</sup> De rechtvaardiging voor deze wet werd gevonden in de noodzakelijk geachte agrarische wederopbouw na de ravage die door de Tweede Wereldoorlog was veroorzaakt.<sup>48</sup> Kortom, in dit soort noodwetgeving is de crisis zelf de rechtvaardiging voor contractdwang.<sup>49</sup> Daaraan gaat dan de gedachte vooraf dat noodzakelijke goederen in tijden van crisis en schaarste rechtvaardig verdeeld moeten worden.

### 3.2 De rechtvaardigingsgronden voor directe contractdwang samengevat

Uit de bovengenoemde voorbeelden kan een aantal overkoepelende conclusies worden getrokken over de rechtvaardigingen van directe contractdwang. Deze rechtvaardigingsgronden kunnen overigens moeilijk los van elkaar worden gezien; in veel gevallen bestaat er overlap tussen de verschillende gronden.

Vooropgesteld dient te worden dat contractdwang vaak ten doel heeft dat wordt *voorzien in bepaalde primaire levensbehoeften*, zoals toegang tot zorg, onderwijs, energie, drinkwater, openbaar vervoer, een betaalrekening en het recht. De toegang tot deze levensbehoeften wordt zodanig essentieel geacht dat de wetgever dit niet enkel en alleen aan de markt – veelal monopolisten<sup>50</sup> in deze branches – heeft willen overlaten. Zodoende worden met contractdwang, en dat ligt in het verlengde van dezelfde rechtvaardiging, *fundamentele mensenrechten gewaarborgd* (denk onder meer aan art. 2, 6 en 8 EVRM)<sup>51</sup> en bepaalde *essentiële maatschappelijk relevante en noodzakelijke rechtshandelingen mogelijk gemaakt* (denk onder meer aan bankieren, procederen en het kopen van een huis). Contractdwang waarborgt, met andere woorden, dat in primaire levensbehoeften wordt voorzien en – deels in het verlengde daarvan – dat mensen daadwerkelijk ‘mee kunnen doen aan de maatschappij’.

<sup>47</sup> Art. 14 lid 1 Herverkavelingswet Walcheren 1947.

<sup>48</sup> Deze wet kon overigens op de nodige kritiek vanuit de juridische literatuur rekenen. Zie met verdere verwijzingen Jansen 2019, p. 251.

<sup>49</sup> Vgl. ook de Algemene Vorderingswet 1939, op grond waarvan (art. 3a) het eigendomsrecht of gebruiksrecht op een zaak gevorderd mag worden ten behoeve van de Staat, andere lichamen of personen. Vgl. ook de Hamsterwet 1939, waarin is bepaald (art. 3) dat de overheid paal en perk kan stellen aan ‘hamsteren’ indien buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken. Te wijzen valt ook op art. 2 lid 1 Prijzenwet, dat de overheid voorschriften kan stellen voor prijsvorming als er een zodanig versnellende inflatie is dat een dergelijke maatregel vereist is. Zie voor verdere voorbeelden ook W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020 (hierna: Van Boom 2020a), p. 41 (voetnoot 67).

<sup>50</sup> Houben 2023, p. 93-94 spreekt in dit kader van ‘de aanbieder als behartiger van publiek belang met sleutels tot de poort’.

<sup>51</sup> Dat het recht om beschermd te worden tegen de gevolgen van klimaatverandering onder het toepassingsbereik van art. 2 en 8 EVRM valt, heeft de Hoge Raad bevestigd in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 m.nt. J. Spier (Urgenda), r.o. 5.6.2.

Een meer overkoepelende rechtvaardiging voor directe contractdwang bestaat daarnaast daaruit dat *gevreesd marktfalen (op voorhand) wordt gecorrigeerd*. Op die manier worden (in veel gevallen) zwakkere partijen – de consument als eindgebruiker – beschermd.<sup>52</sup> Een *goede werking van diezelfde markt* is overigens ook op zichzelf gezien een rechtvaardigingsgrond voor verschillende vormen van contractdwang.<sup>53</sup> Die ‘goede werking van de markt’ kan breed worden opgevat, waaruit volgt dat een doel van contractdwang ook het *nastreven van concrete doelstellingen* – al dan niet ingegeven door een bepaald de crisiscontext – kan zijn.

Overkoepelend gezien gaat er dus in alle geïdentificeerde gevallen een bepaald maatschappelijk belang gepaard met het opleggen van de directe contractdwang. Ook als het maatschappelijk belang bestaat uit de crisis zelf, ligt de ‘onderliggende rechtvaardiging’ veelal besloten in de waarborging van essentiële levensbehoeften en de bescherming van zwakkere partijen tegenover monopolisten in essentiële branches. De rechtvaardigingen voor directe contractdwang zijn in de context van crisis daarom niet wezenlijk anders dan buiten crisistijden, met dien verstande dat die crisis uiteraard wel kleur en urgentie geeft aan de maatschappelijke belangen die tot het opleggen van enige vorm van contractdwang leiden.

## 4 De verschijningsvormen van indirecte contractdwang

### 4.1 Voorbeelden en rechtvaardigingen van indirecte contractdwang<sup>54</sup>

Buiten de hiervoor genoemde gevallen waarin de wet rechtstreeks contractdwang op partijen legt, kent het Nederlandse recht ook diverse verschijningsvormen van *indirecte* contractdwang. In die gevallen schrijft de wet contractdwang niet als zodanig voor, maar vloeit de contractdwang voort uit de werking van bepaalde (open) normen.

Als verschijningsvorm van een dergelijke indirecte contractdwang kan allereerst worden gewezen op de contracteerplichten die op grond van het mededingingsrecht op (grote) partijen kunnen rusten. Een contractweigeringsrecht kan namelijk mededingingsrechtelijk ontoelaatbaar zijn, omdat de partij die weigert te contracteren met die contractweigeringsrechtelijke misbruik van een machtspositie maakt (art. 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)). Deze vraag komt met name op in situaties waarin

<sup>52</sup> Houben 2023, p. 36.

<sup>53</sup> Uiteraard is de vraag wat een ideale markt is tijdsgebonden en aan verandering onderhevig. Vgl. J. Oosterhuis, *Marktwerking als publiek belang bij onvoorziene omstandigheden*, NTBR 2023, afl. 5, p. 192-194.

<sup>54</sup> Zie voor vele voorbeelden uit de onderwijs- en zorgsector Houben 2023, p. 63-82. Zij wijst in het kader van de zorg bijv. op de wettelijke bevoegdheid van de Nederlandse Zorgautoriteit om zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars met aanmerkelijke marktmacht te verplichten contracten (i.h.b. zorginkoopovereenkomsten) aan te gaan in het belang van de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van zorg (art. 48 lid 1 onder e Wet marktordening gezondheidszorg).

een partij een machtspositie heeft op een zogenoemde ‘upstream markt’ (een markt die zich in de leveringsketen vóór een andere markt bevindt).<sup>55</sup> Als deze partij weigert te leveren aan een partij op een ‘downstream markt’ (een markt die zich in de leveringsketen ná de upstream markt bevindt en waarop de spelers in bepaalde mate afhankelijk zijn van toegang tot de upstream markt),<sup>56</sup> kan contractdwang in beeld komen. Een voorbeeld uit de praktijk biedt de discussie tussen Epic Games en Apple. De aanleiding was een door Epic Games uitgevoerde update van de Fortnite-app, waardoor Apple betalingen misliep van Epic Games voor het aanbieden van de app aan gebruikers van iOS-apparaten. Apple had de app daarom uit de App Store verwijderd.<sup>57</sup> Epic Games betoogde dat Apple verplicht was de Fortnite-app aan te bieden via de App Store, omdat dit de enige manier is waarop de Fortnite-app door gebruikers van iOS-apparaten kan worden gedownload. Epic Games is dus afhankelijk van Apple om haar product te kunnen verkopen. Er is bovendien geen onderhandelingsruimte over de (betalings)voorwaarden waaronder zij toegang krijgt tot de App Store. Een betoog voor contractdwang dus – waar de Amerikaanse rechter overigens niet ontvankelijk voor bleek.<sup>58</sup>

Een bepaalde mate van indirecte contractdwang – en in ieder geval beperkingen van de contractvrijheid – is daarnaast gelegen in de Europese ontwikkelingen en voorstellen op het gebied van Environmental, Social and Governance (ESG), waarmee de Europese wetgever aanstuurt op een klimaatneutrale, efficiënte en concurrerende economie, waarbinnen milieuduurzaamheid, sociale duurzaamheid en mensenrechten gerespecteerd en gewaarborgd worden.<sup>59</sup> Een voorbeeld biedt de voorgestelde Corporate Sustainability Due Diligence Direc-

tive (CSDDD),<sup>60</sup> op grond waarvan (grote) ondernemingen kunnen worden verplicht om bepaalde contractuele afspraken te maken om negatieve milieueffecten en sociale effecten te voorkomen. Zij kunnen bovendien worden beperkt in hun vrijheid om samenwerkingen (in hun waardeketen) aan te gaan, te behouden, uit te breiden of te beëindigen, indien een relatie met een (potentiële) samenwerkingspartner negatieve effecten op de mensenrechten of negatieve milieueffecten tot gevolg heeft (of kan hebben).<sup>61</sup> De rechtvaardiging van deze beperking van de contractvrijheid is evident gelegen in het algemene (wereldwijde) belang om mensenrechtenschendingen en negatieve effecten op het klimaat tegen te gaan. Daarbij zij opgemerkt dat dit strikt genomen geen (zuivere) indirecte contractdwang betreft, omdat er geen contracteerplicht wordt opgelegd. Het betreft echter wel een zodanige (potentiële) inperking van de contractvrijheid – een indirecte weigeringsplicht – dat de daarvoor bestaande rechtvaardigingen indicatief zijn voor de wijzen waarop in tijden van (klimaat)crisis betekenis aan (indirecte) contractdwang toe kan komen.<sup>62</sup>

#### 4.2 *Het Yin Yang-arrest*<sup>63</sup>

##### *Inleiding*

Indirecte contractdwang was eind december 2021 (opnieuw) onderwerp van gesprek, nadat het zogenoemde Yin Yang-arrest werd gewezen in een zaak waarin een bank weigerde om een bankrekening aan te bieden aan een saunaclub. Het arrest biedt een mooie illustratie van de rol die indirecte contractdwang speelt – en in potentie ook kán (gaan) spelen in crisis-situaties – door de brede en meer algemene formulering van de rechtvaardigingsgronden voor contractdwang in deze zaak.

##### *Het geschil in feitelijke instanties*

Partijen in deze zaak zijn Yin Yang c.s. (hierna: Yin Yang) en ING Bank N.V. (hierna: ING). Yin Yang drijft onder de noemer van een saunaclub een centrum voor allerhande betaalde diensten. Zij bankierde bij ING en beschikte over meerdere

55 Denk aan de markt voor productie van een goed die in de keten ligt voor de verkoop van datzelfde goed aan consumenten.

56 Denk aan de marktpartij die bepaalde producten aan consumenten verkoopt, maar die voor haar bedrijfsvoering beleverd dient te worden door de producent, omdat zij anders niet over producten beschikt om te verkopen.

57 Zie hierover uitgebreid, ook met beschouwingen over (potentiële) contractdwang, D. Op Heij & S. van Gulijk, Enige contractenrechtelijke aspecten naar aanleiding van de juridische strijd tussen Epic Games en Apple over de Fortnite-app, MvV 2021, afl. 5, p. 188-194.

58 United States District Court, Northern District of California 10 september 2021, Epic Games Inc. v Apple Inc., 559 F. Supp. 3d 898 (N.D. Cal. 2021); United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 24 april 2023, Epic Games Inc. v Apple Inc., No. 21-19506 (9th Cir. 2023); United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 17 juli 2023, Epic Games Inc. v Apple Inc., 73 F.4th 785 (9th Cir. 2023).

59 Zie i.h.b. de Europese Green Deal: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, De Europese Green Deal, COM(2019)640 final. Zie ook de Fit for 55: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Fit for 55': het EU-klimaatstreefdoel voor 2030 bereiken op weg naar klimaatneutraliteit, COM(2021)550 final.

60 Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM(2022)71 final (hierna: CSDDD-voorstel). Zie uitgebreid over de CSDDD de bijdragen aan het themanummer van Ondernemingsrecht 2023, afl. 5. Zie ook O.O. Cherednychenko, Mensenrechten, contractenrecht en internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen, NTBR 2022, afl. 10, p. 414-422.

61 Zie art. 6, 7 en 8 (i.h.b. art. 7 lid 5 en 8 lid 6) CSDDD.

62 Vgl. ook Houben 2023, p. 99-101, die een weigeringsplicht als een even vergaande (en zo mogelijk zelfs verdergaande) inbreuk op de contractvrijheid beschouwt als contractdwang en weinig ruimte ziet voor indirecte weigeringsplichten. Zij is dan ook behoudend over art. 7 lid 5 en 8 lid 6 CSDDD. Vgl. over de CSDDD in relatie tot contractdwang en weigeringsplichten in de financiële sector ook Busch 2023, p. 191-192 en 235-238.

63 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (Yin Yang), in cassatie op Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121. Zie over deze uitspraak, onder meer D. Busch, Anti-witwasregels, Freikörperkultur en de grenzen van de bancaire contractvrijheid, AA 2022, afl. 2, p. 139-148; M. Haentjens, Tussen contractdwang en beëindigingsplicht, RMThemis 2023, afl. 4, p. 225-233.

zakelijke bankrekeningen. Na een doorzoeking door de politie, waarbij onder meer drugs en contant geld werden aangetroffen, besloot ING de bij haar aangehouden betaalrekening van Yin Yang met de faciliteit voor afstorting van contant geld te beëindigen, en later dat jaar ook de overige bancaire relaties. Zij ging hiertoe over vanwege reputatie- en integriteitsrisico's en uit angst voor onder meer witwaspraktijken. Nadien heeft het Openbaar Ministerie de strafzaak tegen Yin Yang geseponeerd. Yin Yang heeft in deze periode – zonder succes – diverse in Nederland opererende banken benaderd met de vraag of zij bereid waren een bankrelatie met Yin Yang aan te gaan.

Yin Yang heeft vervolgens – tevergeefs – in een viertal kortgedingprocedures tegen ING getracht om continuering te bewerkstelligen van de bankrelaties. In de vijfde kortgedingprocedure heeft Yin Yang een andere insteek gekozen, door te betogen dat – voor zover de bankrelaties met ING wel rechtsgeldig zouden zijn geëindigd – ING uit hoofde van haar buitencontractuele, bijzondere zorgplicht nieuwe bankrelaties en een nieuwe overeenkomst voor het afstorten van contant geld met Yin Yang moet aangaan. De rechtbank heeft de gevraagde voorziening geweigerd. Het gerechtshof Amsterdam heeft het vonnis in eerste aanleg vernietigd en ING veroordeeld om Yin Yang in staat te stellen een bankrekening bij ING aan te houden.<sup>64</sup> Dit oordeel volgt na een meer principiële overweging, waaruit blijkt dat een bank onder bijzondere omstandigheden kan worden verplicht een contractuele relatie met een rechtspersoon aan te gaan:

‘Het beginsel van de contractsvrijheid brengt mee dat iedereen het recht heeft om niet te worden verplicht een contractuele relatie aan te gaan met een ander. Ook banken hebben dit recht. *Dit recht is fundamenteel en zwaarwegend, maar het is niet onbegrensd.* Bij de begrenzing van dit recht voor banken is onder meer van belang dat hun *maatschappelijke functie een bijzondere zorgplicht* meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoren te houden *op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.* Ook is het feit van algemene bekendheid van belang dat het vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer, laat staan om een bedrijf te exploiteren, zonder te beschikken over een betaalrekening bij een bank. (...) Weliswaar *geldt de wettelijke verplichting* van art. 4:71f van de Wet op het financieel toezicht, die voor consumenten geldt, *niet voor rechtspersonen, maar daaruit vloeit niet voort dat de contractsvrijheid van banken ten opzichte van rechtspersonen in het geheel niet kan worden ingeperkt.* Daarom kan een bank onder bijzondere omstandigheden *worden verplicht* een contractuele relatie aan te gaan met een rechtspersoon.’ (r.o. 3.6; curs. JdH & KM)

Of ING in dit specifieke geval kan worden verplicht een nieuwe contractuele relatie met Yin Yang aan te gaan, moet volgens het hof *ex nunc* worden beoordeeld. Het gaat dus om de stand van zaken ten tijde van de uitspraak van het hof en niet om de stand van zaken ten tijde van de opzegging. Bezien in dat licht, wordt door het hof relevant geacht dat het voor Yin Yang vrijwel onmogelijk is deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer, laat staan om een bedrijf te exploiteren, zonder te beschikken over een betaalrekening bij een bank. Het hof acht het bovendien voorshands aannemelijk dat Yin Yang zich voldoende heeft ingespannen een betaalrekening bij een andere bank aan te gaan en acht het risico op witwassen minder groot in het geval van een betaalrekening zonder faciliteiten voor contant geld. Zodoende oordeelt het hof dat het voldoende aannemelijk is dat een bodemrechter zal oordelen dat ING wél verplicht is een contractuele relatie aan te gaan met Yin Yang, zodat zij een betaalrekening aan kan houden.

#### *Het arrest van de Hoge Raad*

In cassatie wordt door de Hoge Raad overwogen dat het hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat op banken – op grond van hun maatschappelijke positie – ook ten aanzien van niet-consumenten de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden (vgl. voor consumenten art. 4:71f Wft).<sup>65</sup> Het hof heeft daarbij, aldus de Hoge Raad, terecht zwaar laten wegen dat het zonder betaalrekening vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en om een bedrijf te exploiteren. De conclusie die het hof op basis van die belangenafweging heeft getrokken – er bestaat onevenredigheid tussen de belangen van Yin Yang enerzijds en ING anderzijds, waardoor er wel een verplichting op ING rust tot het aanbieden van een betaalrekening –, is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.<sup>66</sup>

#### *De belangrijkste conclusies naar aanleiding van Yin Yang*

De belangrijkste conclusie die uit het Yin Yang-arrest kan worden getrokken, is dat de bijzondere zorgplicht van de bank – gezien in het licht van de maatschappelijke functie van de bank die toegang verschaft tot een betaalrekening – een contractueel verplicht met zich kan brengen, óók daar waar deze niet expliciet in de wet is opgenomen (hier: ten aanzien van rechtspersonen). Deze indirecte contractdwang wordt gegrond op de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm waaraan de bank zich op grond van art. 6:162 lid 2 BW te conformeren heeft. Het Yin Yang-arrest vormt daarmee wederom een bevestiging van het (grote) bereik dat deze verbintenisrechtelijke normen kunnen hebben. Doorslaggevend voor dit bereik – en de rechtvaardiging van deze indirecte contractdwang – is het grote maatschappelijke belang van rechtspersonen om deel te kunnen nemen aan het maatschappelijk verkeer en hun bedrijf te exploiteren, waarvoor de toegang tot een basisbetaalrekening onmisbaar is. Dat banken contractvrijheid hebben en (vanwe-

<sup>64</sup> ING werd niet veroordeeld om daaraan faciliteiten voor het storten van contant geld te verbinden. Zie Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.8.

<sup>65</sup> HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (Yin Yang), r.o. 3.2.

<sup>66</sup> HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (Yin Yang), r.o. 3.3.



ge toezichtrechtelijke eisen of integriteitsrisico's) een gerechtvaardigd belang kunnen hebben om contractuele relaties met bepaalde partijen te weigeren, is relevant, maar dus zeker niet allesbepalend. Dit kan immers een verhoudingsgewijs ondergeschikt belang zijn ten opzichte van het belang van de rechtspersoon in kwestie (er bestaat een onevenredigheid tussen de betrokken belangen).<sup>67</sup>

#### 4.3 De rechtvaardigingsgronden voor indirecte contractdwang samengevat

Concluderend geldt dat de besproken gevallen van indirecte contractdwang laten zien dat aan indirecte contractdwang in veel gevallen per saldo dezelfde rechtvaardigingen ten grondslag liggen als aan directe contractdwang. Het gaat dan om situaties waarin *algemene belangen, de bescherming van zwakkere partijen en het verschaffen van toegang tot essentiële diensten en goederen* waarvoor een bepaalde partij een *poortwachtersfunctie* vervult, tezamen of op zichzelf bezien de contracteerplichten rechtvaardigen. Die contracteerplichten vinden dan in de meeste gevallen hun grondslag in het feit dat *niet-contracteren onrechtmatig zou zijn*. De ongeschreven zorgvuldigheidnorm van art. 6:162 lid 2 BW (ofwel een andere norm waaruit op indirecte wijze contractdwang voortvloeit) verplicht zodoende in feite tot contracteren. Daarbij kan ook een invalshoek zijn, zo wijst het Yin Yang-arrest uit, of op de 'tot contracteren te verplichten partij' al dan niet een 'bijzondere zorgplicht' rust, vaak voortvloeiend uit een bepaalde *maatschappelijke positie*. Aan de andere kant, aan de zijde van de partij die de ander tot het contract wenst te verplichten, vormen ook hier (grote) *maatschappelijke belangen* een belangrijke rechtvaardiging om haar het contract 'te doen toekomen'.<sup>68</sup> Een andere grondslag voor indirecte contractdwang zou kunnen worden gevonden in de redelijkheid en billijkheid, omdat de precontractuele fase door de redelijkheid en billijkheid beheerst wordt.<sup>69</sup> Ook bij die grondslag kunnen (en zullen) dezelfde maatschappelijke posities en belangen en dezelfde rechtvaardigingen voor het opleggen van contracteerplichten een grote rol spelen (vgl. art. 3:12 BW).

67 Over de vraag wanneer contracteren met een specifieke bank voor een bepaalde partij onmisbaar is (moet de in rechte aangesproken bank een 'last resort' zijn?), laat de Hoge Raad zich (helaas) niet expliciet uit. Hierover kritisch M. van der Beek & H.J.Th. Kolstee, Bancaire zorgplicht versus contractsvrijheid, *MvV* 2022, afl. 6, p. 218.

68 Het voorgaande correspondeert met de conclusies die Houben trekt over de rechtvaardigingsgronden van indirecte contractdwang, vgl. Houben 2023, p. 87-98. Ook Houben wijst er immers – samenvattend – op dat indirecte contractdwang gerechtvaardigd kan worden als dat (ergens in de keten) nodig is om de toegang tot essentiële goederen en diensten te verzekeren, bijv. vanwege de maatschappelijke positie van de partij die tot contracteren gedwongen wordt. Daarnaast wijst ook zij op de wens om de markt op een bepaalde manier in te richten en de mededinging te bevorderen of verstoringen daarvan te voorkomen. Tot slot wijst Houben op de bescherming van fundamentele rechten als rechtvaardiging van indirecte contractdwang.

69 Asser/Sieburgh 6-III 2022/191.

#### 5 Trouw aan het gegeven woord in crisistijden

Gegeven de hiervoor geschetste contexten waarin directe en indirecte contractdwang hun weerslag reeds hebben gevonden, wordt in de laatste twee paragrafen van deze bijdrage nader ingezoomd op de meer specifieke vraag welke betekenis contractdwang in tijden van crisis kan hebben voor de levering van maatschappelijke tekorten door commerciële partijen. De eerste stap in de beantwoording van die vraag is (nader) te bekijken welke invloed de crisiscontext al heeft gehad op de mogelijkheid om gesloten contracten open te breken.

Naast contractvrijheid is een van de grondbeginselen van het Nederlandse contractenrecht de gebondenheid aan de gesloten overeenkomst (trouw aan het gegeven woord). Als partijen niet verplicht zouden zijn om zich aan de afspraken te houden, zou de (markt)samenleving immers niet functioneren.<sup>70</sup> Dit beginsel laat zich daarom niet lichtvaardig omzeilen. Het verleden heeft echter uitgewezen dat crisissituaties precies die zeldzame situaties kunnen zijn waarin het contract juist wél opgebroken kan worden of de gemaakte afspraken wél gewijzigd kunnen worden.

Daarbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan de coronapandemie, een crisis die de samenleving op ongekende wijze ontregelde. De overheid nam vergaande maatregelen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan: winkels en horecagelegenheden moesten op verschillende momenten volledig gesloten blijven, evenementen vonden geen doorgang, fabrieken over de hele wereld sloten, toeleveringsketens raakten verstoord en (internationaal) reizen werd onmogelijk.<sup>71</sup> Contractenrechtelijke vragen lagen voor het oprapen.<sup>72</sup> In het bijzonder rees de vraag of exploitanten van horecagelegenheden en winkels, die zich volledig beperkt zagen in de (rendabele) uitoefening van hun bedrijf, toch de volledige huurprijs moesten betalen aan hun verhuurders (omdat afspraak ook in coronatijden afspraak is). Of was de coronacrisis (nu eindelijk) een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW, die in concrete gevallen aanspraak zou kunnen geven op wijziging of

70 Zie nader Van Boom 2020a, p. 47 en 121; Asser/Sieburgh 6-III 2022/43; Oosterhuis 2023, p. 192-193.

71 Zie RIVM, Tijdlijn van coronamaatregelen, online raadpleegbaar via [www.rivm.nl/gedragsonderzoek/tijdlijn-maatregelen-covid](http://www.rivm.nl/gedragsonderzoek/tijdlijn-maatregelen-covid).

72 En werden al snel beantwoord, in onder meer H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Contract en coronacrisis, *NJB* 2020, afl. 14, p. 956-969; M.R. Ruygvoorn, Kan ik van mijn overeenkomst af met een beroep op de coronacrisis? Enkele bespiegelingen, meer in het bijzonder over schuldeisersverzuim en schuldeisersovermacht, *NJB* 2020, afl. 14, p. 970-976; K.L. Maes & J. den Hartog, Corona en commerciële contracten: een schets van de (reikwijdte van de) juridische relevante remedies, *Bb* 2020, afl. 8, p. 159-163; W.H. van Boom, Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?, *NTBR* 2020, afl. 4, p. 85-89; R.P.J.L. Tjittes & J.V. Telelepta, Lessen uit de eerste rechterlijke uitspraken over de COVID-19-crisis en onvoorziene omstandigheden en overmacht bij commerciële contracten, *Contracteren* 2020, afl. 3, p. 101-111.

ontbinding van de (huur)overeenkomst?<sup>73</sup> Nadat vele lagere rechters reeds hadden geoordeeld dat de coronacrisis inderdaad een onvoorziene omstandigheid opleverde van dien aard dat de verhuurders ongewijzigde instandhouding van de huur-overeenkomst niet mochten verwachten,<sup>74</sup> oordeelde ook de Hoge Raad dat de coronacrisis voor huurovereenkomsten gesloten voor 15 maart 2020<sup>75</sup> in beginsel te gelden had als een onvoorziene omstandigheid die de huurder (die voor zijn omzet afhankelijk was van de komst van publiek) aanspraak gaf op huurprijsvermindering. Bepalend hiervoor was, aldus de Hoge Raad, dat het feit dat deze huurders (van 290-bedrijfsruimte<sup>76</sup>) als gevolg van de coronagerelateerde overheidsmaatregelen hun bedrijf niet of slechts beperkt konden exploiteren, kwalificeert als een ‘uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheid van algemene aard’. Aangenomen kan worden dat de waarde van het gebruiksrecht van het gehuurde hierdoor zo sterk is verminderd dat ‘de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties van de verhuurder en de huurder in ernstige mate is verstoord’. De verhuurder kon daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen aanspraak maken op volledige betaling van de overeengekomen huurprijs en de rechter kon de overeenkomst aanpassen aan de gewijzigde omstandigheden door de huurprijs te verminderen.<sup>77</sup>

Het beginsel van trouw aan het gegeven woord moest dus wijken, omdat de crisiscontext daarom vroeg. Vasthouden aan (een van) de fundamenten van het contractenrecht zou ertoe leiden dat de gevolgen van de coronacrisis in individuele contractuele verhoudingen in het geheel zouden landen bij één van beide partijen, terwijl geen van de partijen schuld had aan het ontstaan van die crisis of de daaraan verbonden gevolgen. De coronacrisis vroeg om solidariteit (‘share the pain’<sup>78</sup>) en het privaatrecht bleek toegerust om, in die gevallen waar de verdelende rechtvaardigheid daarom vroeg,<sup>79</sup> die solidariteit te bieden door uitzonderingen te maken op de genoemde – en in

normale tijden onaantastbare – basisbeginselen van het contractenrecht.<sup>80</sup>

De coronacrisis was nog niet voorbij of de volgende crises dienden zich aan.<sup>81</sup> Waar de prijzen van grondstoffen en materialen in 2021 al flinke stijgingen doormaakten en er een serieuze inflatie optrad, namen die prijsstijgingen significant toe toen de oorlog in Oekraïne begin 2022 uitbrak. Ook hier dienden zich, opnieuw, vragen over het openbreken van gesloten contracten aan: kan worden gevegd dat tegen een vaste prijs wordt geleverd, terwijl dat vanwege de grote prijsstijgingen verliesgevend is geworden voor de leverancier?<sup>82</sup> Opnieuw toonde de rechtspraak zich flexibel, door te laten zien dat het openbreken van contracten niet ondenkbaar is. Zo overwoog de rechtbank Rotterdam in de context van deze prijsstijgingen dat de energiecrisis en de extreme prijsstijgingen van gas de normaal te verwachten prijsstijgingen overstegen en dat dit leidde tot een zwaar verlieslatende productie. Dit maakte dat die omstandigheden onvoorziene omstandigheden opleverden tussen een gasleverancier en een aantal tuinders.<sup>83</sup> Het contractuele evenwicht was door de prijsstijgingen dus verstoord en dit wordt – omdat partijen deze crisis niet voorzien hebben en in redelijkheid niet voorzien konden hebben – als zodanig onrechtvaardig beschouwd dat ingrijpen in de tussen partijen gesloten contracten nodig werd geacht. Ook hier geldt dus dat de (energie)crisis een rechtvaardiging vormt om het beginsel van trouw aan het gegeven woord in een concreet geval terzijde te schuiven.

Het is daarbij echter zeker niet gezegd dat de energiecrisis en de ‘Oekraïne-crisis’ bij wijze van uitgangspunt onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW opleveren.<sup>84</sup> Zo blijkt onder meer uit de rechtspraak dat deze crises zich aanzienlijk minder lenen voor algemene oordelen, zoals de Hoge

73 Vóórdat de coronacrisis uitbrak, werden de hoge drempels (zie HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, NJ 1998/493 (Briljant Schreuders/ABP)) voor een beroep op onvoorziene omstandigheden slechts in een paar spaarzame gevallen gehaald. Ook de kredietcrisis bracht daarin geen verandering. Zie voor een overzicht Den Hartog 2021, p. 21-54.

74 Voor een overzicht van de lagere rechtspraak tot juli 2021, zie Den Hartog 2021, p. 55-78. Zie ook de rechtspraak genoemd in concl. A-G Wisink voor HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, NJ 2023/2 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper, overweging 5.3 e.v.

75 De dag waarop de eerste echte coronamaatregelen in werking traden.

76 Bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 lid 2 BW.

77 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, NJ 2023/2 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper, r.o. 3.2.4-3.2.5.

78 Uit de koker van Tjittes, zie onder meer Tjittes & Telelepta 2020.

79 Vgl. voor een nadere uitdieping van het streven naar ruilrechtvaardigheid in het privaatrecht, waarbij hij ook aandacht besteedt aan art. 6:258 BW-situaties, W.H. van Boom, Ruilrechtvaardigheid en privaatrecht (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom juridisch 2023, i.h.b. p. 28. Vgl. ook T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2020, afl. 35, p. 2615-2616, die de introductie van een coronawet bepleitten waarin het uitgangspunt van ‘pacta sunt servanda’ fluïde zou worden gemaakt.

80 Vgl. C.E. Drion, Corona en het recht, NJB 2020, afl. 12, p. 813; H.N. Schelhaas, Contractuele vaccinatieplichten, coronaclausules en wijziging van overeenkomsten, MvV 2021, afl. 6, p. 203.

81 Waarbij de klimaatcrisis natuurlijk eveneens voortduurde. De klimaatcrisis wordt in dat licht – overigens net als de stikstofcrisis en de woningcrisis – wel (meer) het karakter van een ‘sluimerende crisis’ toegedicht, zie NIPV 2022, p. 58.

82 Zie voor een inventarisatie van de kans van slagen van een beroep op art. 6:258 BW in situaties van prijsstijgingen en de Oekraïne-crisis J. den Hartog & A.Z. Lankhaar, Gestegen grondstofprijzen en contracten: wie betaalt de rekening?, Contracteren 2022, afl. 1, p. 11-23; G.J.L. Bergervoet & G.T. Poolman, Ongekende omstandigheden – de (on)mogelijkheden van een beroep op overmacht of onvoorziene omstandigheden in het licht van de roerige energiemarkt, MvV 2022, afl. 12, p. 407-415.

83 Rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8502, r.o. 4.14. Zie ook Rb. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13392, r.o. 4.11-4.12. Daarover kritisch J.H.M. Spanjaard, in zijn annotatie in JOR 2022/221.

84 (Veel) te ongenueanceerd lijken ons daarmee de overwegingen in RvA Bouw 25 augustus 2022, nr. 37.382, r.o. 31-32 en Rb. Noord-Holland 16 december 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:11110, r.o. 4.13.

Raad die in het ‘coronahuur-arrest’ (wel) heeft opgenomen.<sup>85</sup> Elke overeenkomst is immers anders en wordt op een andere wijze door prijsstijgingen geraakt, terwijl er in de coronacrisis wel een mate van homogeniteit bestond in de wijze waarop huurders werden geraakt door de onvoorziene omstandigheden in kwestie.<sup>86</sup>

Kortom: het enkele bestaan van een crisis en een bepaalde contractuele disbalans maakt niet dat een overeenkomst zomaar kan worden opgebroken. De drempels voor geslaagde beroepen op onvoorziene omstandigheden en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid blijven hoog. De fundamenten van het contractenrecht zijn dus zeker, en óók in tijden van crisis, de basis. Afwijking van het beginsel van trouw aan het gegeven woord blijft de uitzondering.<sup>87</sup> Wat voor de in deze bijdrage centraal staande rechtsvraag wel van belang is, is de constatering dat de rechtspraak juist in de voorkomende crisisgevallen flexibel en bereid bleek die uitzonderingen wél te maken. Bovendien is relevant dat die uitzonderingen pas in de laatste (crisis)jaren met enige regelmaat worden gemaakt: waar in het verleden vrijwel geen ruimte was voor succesvolle beroepen op onvoorziene omstandigheden, is de hoeveelheid rechtspraak over art. 6:258 BW de afgelopen jaren exponentieel toegenomen.<sup>88</sup> Daaruit spreekt ook dat het marktdenken in tijden van crisis verandert; de roep om solidariteit is niet alleen politiek, maar ook in het privaatrecht voelbaar.<sup>89</sup>

In het verlengde van het voorgaande ligt wat ons betreft dat in tijden van crisis óók aan contractdwang potentieel meer betekenis kan toekomen dan buiten crisistijden, omdat dezelfde rechtvaardigingen dan gelding zullen vinden. Dit geldt niet alleen voor de in deze paragraaf besproken voorbeelden van acute crises, waarin vragen over onvoorziene omstandigheden in de rede liggen, maar ook voor sluimerende crises, waarin dat minder het geval is, maar wel dezelfde (maatschappelijke) sen-

timenten als bij een acute crisis op de voorgrond kunnen treden.<sup>90</sup> Dit lichten wij in de volgende paragraaf nader toe.

## 6 Contractdwang in tijden van crisis

### *6.1 De betekenis van contractdwang in de crisiscontext*

Crisis kenmerkt zich doordat er een urgente situatie van nood ontstaat of voortduurt, waardoor vitale belangen in de samenleving (dreigen te) worden aangetast. Dat vertaalt zich voor de samenleving in tekorten, schaarste en in een roep om solidariteit en om ingrijpen op die punten waar de markt niet op de – in het licht van de ontstane crisissituatie – gewenste wijze functioneert.<sup>91</sup> In tijden van crisis verandert het (markt)denken dus in zekere zin, juist ook omdat de crisis blootlegt dat de markt niet onder alle omstandigheden op een ideale of maatschappelijk aanvaardbare wijze functioneert en bepaalde essentiële levensbehoeften of fundamentele rechten op de tocht komen te staan. Sociale doelen van de markteconomie treden meer op de voorgrond.<sup>92</sup> Het vertrouwen dat de vrije markt ontstane problemen en tekorten wel zal oplossen, maakt plaats voor de wens om marktfalen aan te pakken en de door de crisis ontstane maatschappelijke tekorten het hoofd te bieden.

Het voorgaande vindt ook zijn weerslag in het recht. Zo ontstaat er een sterkere roep tot overheidsingrijpen bij crisis, bijvoorbeeld via het staatsnoodrecht, en ook op het privaatrecht heeft de crisiscontext een belangrijke invloed. Het (privaat) recht heeft mede tot doel om de sociale markteconomie te faciliteren en beweegt daarom mee met het veranderend denken over wat een ideale markt dan is.<sup>93</sup> Het veranderde marktdenken kan ook betekenen dat private partijen in tijden van crisis hun maatschappelijke verantwoordelijkheid (meer) dienen te nemen. De rechtszaak van Milieudefensie tegen Shell biedt hiervan een concreet voorbeeld. In deze tijden van klimaatcrisis en daarmee gepaard gaande klimaatbewustheid blijkt het mogelijk het (klimaat)beleid van een commercieel bedrijf als Shell met succes civielrechtelijk aan de kaak te stel-

85 Er zijn immers ook verschillende uitspraken waarin een beroep op art. 6:258 BW in oorlogs- en/of prijsstijgingencontext geen soelaas kon bieden. Zie bijv. Rb. Amsterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6132, r.o. 4.7-4.10; Rb. Den Haag 4 mei 2023, ECLI:NL:RBD-HA:2023:8786, r.o. 2.8; Rb. Gelderland 22 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:7039, r.o. 4.17.

86 Zie ook C.E. Drion, *Oorlog en recht*, NJB 2022, afl. 12, p. 879.

87 Vgl. ook Bergervoet & Poolman 2022, p. 411-413. Vgl. kritisch over ruimhartige toepassing van art. 6:258 BW J.H.M. Spanjaard, *Cancelcultuur en cancelclausules*, *Contracteren* 2022, afl. 2, p. 80-82.

88 Zie ook Den Hartog & Lankhaar 2022, p. 13.

89 Zie W.H. van Boom, *Coronaprivaatrecht 2020-2021*, RMTthemis 2021, afl. 3, p. 128-131; A.L.M. Keirse & V. Mak, *Op de schommel tussen autonomie en repressie: een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving*, in: T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2022), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 82.

90 Een sluimerende crisis is immers voortdurend en daarmee niet toekomstig, waardoor er niet zo snel van een onvoorziene omstandigheid sprake zal zijn. Wel kan er in het kader van een sluimerende crisis natuurlijk een acute situatie ontstaan (denk aan een extreme weersomstandigheid die zich als gevolg van klimaatverandering kan voordoen), maar ook dan zal een discussie over onvoorziene omstandigheden minder snel succesvol zijn dan bij een zuiver acute crisis.

91 Zie over het ontstaan van maatschappelijke ontwrichting in tijden van crisis ook Instituut Fysieke Veiligheid, *Versterken van veerkracht*. Naar een gezamenlijke aanpak van ongekende crises, Arnhem: IFV 2020, p. 11-18. Zie over deze ontwikkeling in de coronacrisis ook Van Boom 2021, p. 128-131. Zie daarnaast NIPV 2022, p. 61, over de grote vraag naar (effectief) crisismanagement.

92 Zie ook Van Boom 2020a, p. 151. Vgl. ook het daarover ontstane sentiment in de coronacrisis: Marktdenken heeft het vermogen om op de crisis te reageren, ondermijnd, NOS 11 mei 2020.

93 Zie ook Van Boom 2020a, p. 150-157; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Markt en privaatrecht*, WPNR 2010, afl. 6843, p. 401-402; Jansen 2022, p. 60; Oosterhuis 2023, p. 194. Vgl. ook HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 m.nt. L.E.H. Rutten (Baris/Riezenkamp). Vgl. voorts W.L. Valk, *Klassiek en instrumenteel privaatrecht*, NTBR 2023, afl. 1, p. 18.

len en te sanctioneren.<sup>94</sup> Dat het privaatrecht op deze manier zou kunnen worden ingezet om de uitstoot van broeikasgasen door een commercieel bedrijf te reguleren, was lange tijd ondenkbaar.<sup>95</sup> Inmiddels is echter na Shell ook ING door Milieudefensie aansprakelijk gesteld, waarbij Milieudefensie vordert dat ING tot halvering van de totale uitstoot overgaat en samenwerkingen met vervuilende bedrijven (zoals olie- en gasbedrijven) stopzet.<sup>96</sup> Dit soort voorbeelden illustreert dat het recht de in crisis gevraagde flexibiliteit kan bieden via open normen, waarvan de invulling met de tijd (of crisis) meeweegt.<sup>97</sup>

De voorgaande kenmerken van crisis laten onzes inziens zien dat er in dergelijke tijden ook meer ruimte komt voor beperkingen op de contractvrijheid en voor toepassing van contractdwang. Contractvrijheid en de daaraan te stellen grenzen moeten namelijk worden beoordeeld tegen de achtergrond van de maatschappelijke opvattingen van dat moment.<sup>98</sup> Crisis-situaties zijn nu net bij uitstek die situaties waarin maatschappelijke en sociale opvattingen veranderen. Zo kan in de crisis – en in de wens om die crisis het hoofd te bieden of om in ieder geval het leven te adapteren aan het bestaan van de crisis – hét algemeen c.q. maatschappelijk belang gelegen zijn om op bepaalde commerciële partijen een contracteerplicht te leggen om de markt te corrigeren en te voorzien in maatschappelijke tekorten. Hierbij valt te denken aan tekorten die vitale belangen van de samenleving in gevaar brengen, zoals voedsel- of drinkwatervoorzieningen, de energievoorziening, de volksveiligheid of de volksgezondheid.<sup>99</sup> Zo is goed voorstelbaar dat, in tijden van een pandemie, de partij die beschikt over essentiële

medische hulpmiddelen (zoals mondkapjes en vaccinaties) onder omstandigheden kan worden gedwongen om die essentiële hulpmiddelen te leveren aan ziekenhuizen of medische instellingen. Ook is denkbaar dat een partij die in tijden van oorlog of tekorten aan grondstoffen beschikt over een grote voorraad van een schaars product (denk aan voedselproducten of bouwmaterialen), wordt gedwongen dit product te leveren aan supermarkten, aan de uitvoerder van een belangrijk infrastructuureel project of rechtstreeks aan de eindafnemer.

Of deze leveranciers hier (door hun aspirant-afnemer) daadwerkelijk toe gedwongen kunnen worden, is uiteraard afhankelijk van de mate waarin de rechtvaardigingen voor contractdwang opgeld doen in het concrete geval. Zo zal in het bijzonder – en in aanvulling op het hiervoor reeds genoemde – van belang zijn in hoeverre precies deze leverancier ook een essentiële schakel vormt om in het product te voorzien. Op het moment dat de essentiële voorzieningen breder beschikbaar zijn, zal contractdwang minder in de rede liggen. Ook zal contractdwang minder in de rede liggen in die gevallen waarin met een minder vergaande inperking op contractvrijheid dan een contracteerplicht het beoogde doel kan worden bereikt. Hetzelfde geldt voor de gevallen waarin de contracteerplicht in een onevenredige verhouding staat tot de belangen van de ‘gedwongen partij’.<sup>100</sup> Vragen naar het maatschappelijk belang, de specifieke maatschappelijke positie en proportionaliteit moeten dus per geval worden beoordeeld. Met die nuances in het achterhoofd is wat ons betreft de conclusie gerechtvaardigd dat de omstandigheden in tijden van crisis sneller tot de conclusie van een contracteerplicht kunnen leiden dan zij buiten crisis doen. Dat hebben de besproken vormen van noodwetgeving reeds laten zien en dat zien we ook in de huidige voorstellen om de klimaatcrisis het hoofd te bieden. Ook de in de coronacrisis ontwikkelde rechtspraak over onvoorzien omstandigheden is hiervoor illustratief.

Dat crisis onder omstandigheden tot contractdwang kan leiden, is dus helder. Dan resteert nog wel de vraag hoe deze contracteerplicht moet worden vormgegeven. Is het bijvoorbeeld nodig om de contracteerplicht wettelijk te verankeren (directe contractdwang) of kan deze contracteerplicht ook onder de noemer van de zorgvuldigheidsnorm of de redelijkheid en billijkheid (indirecte contractdwang) in het vat worden gegoten? Onzes inziens laten het Yin Yang-arrest, de recente ontwikkelingen waarin het privaatrecht meer en meer instrumenteel wordt ingezet om wenselijk (markt)gedrag te geleiden,<sup>101</sup> en ook de inzet van het privaatrecht in de coronacrisis en energiecrisis zien dat de open normen in het privaatrecht – niet in de laatste plaats vanwege het casuïstische karakter van de verschillende crises en daaruit volgende belangen en tekorten – effectieve hulpmiddelen kunnen zijn in tijden van crisis. Ook zij

94 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Milieudefensie/Shell), waarbij zij aangetekend dat het hoger beroep in deze kwestie nog loopt.

95 Zie over dit oordeel en de baanbrekende aard daarvan ook, onder veel meer, J. Spier, SDGs: tussen droom en daad: een processie van Echter-nach, TvOB 2021, afl. 6, p. 176-187; A.G. Castermans, Norm en sanctie bij aansprakelijkheid van ondernemingen voor toekomstige uitstoot van broeikasgassen, RMThemis 2023, afl. 1, p. 47-58.

96 Milieudefensie, Samenvatting van de aansprakelijkstelling, online raadpleegbaar via <https://milieudefensie.nl/actueel/samenvatting-van-de-aansprakelijkstelling>.

97 Vgl. ook J.H. Nieuwenhuis, Waartoe is het recht op aarde?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 16-19; concl. A-G Hartlief voor HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (Yin Yang), overweging 3.9. Vgl. in dit kader bijv. over potentiële zorgplichten en aansprakelijkheid jegens toekomstige en vorige generaties M.A. Loth, Stemmen door de tijd, NJB 2023, afl. 21, p. 1742-1749.

98 Zie ook Asser/Sieburgh 6-III 2022/43 en 51. Zie ook Van Boom 2020a, p. 48, onder verwijzing naar Asser/Rutten 4-II 1982, p. 35-36.

99 Een vorm van ‘toekomstige’ contractdwang zou ook denkbaar kunnen zijn in de vorm van in de toekomst potentieel te introduceren verplichte verzekeringen tegen bepaalde natuurrampen, zoals overstromingen, die door klimaatverandering steeds vaker voorkomen. Zulke verplichte verzekeringen zijn nu nog niet aan de orde, maar de overstromingen in Limburg in 2021 hebben dergelijke gesprekken wel weer op gang gebracht. Zo wordt gedacht aan een – vaker door de overheid besproken, maar telkens verworpen – model waarin een verzekering voor rampen zoals overstromingen als verplichte opslag wordt toegevoegd aan meer gebruikelijke verzekeringen, zoals brandverzekeringen. Zie hierover M.G. Faure, Verzekerbaarheid vanuit rechtseconomisch perspectief, AV&S 2023, afl. 6, p. 169-170.

100 Zie ook het beslismodel van Houben 2023, p. 105-109, waarin de proportionaliteit en de beschikbaarheid van alternatieven voor een contracteerplicht uitdrukkelijk de revue passeren.

101 Zie over deze ontwikkeling Van Boom 2020a, p. 152-155; Keirse & Mak 2022, hoofdstuk 3 en 4. Vgl. hierover genuanceerd Valk 2023.

kunnen namelijk antwoord bieden op de vraag welke handelwijze van commerciële partijen in crisistijden kan worden gevraagd; vergelijk bijvoorbeeld de wijze waarop de ‘coronarechtspraak’ die antwoorden geboden heeft (zie par. 5). Of directe of indirecte contractdwang in een specifieke situatie de voorkeur geniet, zal afhangen van de mate van effectiviteit die kan worden verwacht van de opgelegde contractdwang, en van de (benodigde) snelheid waarmee de contractdwang kan worden geformaliseerd en geëffectueerd. Ook de mate waarin – vanwege achterliggende politieke overwegingen – democratische legitimatie benodigd is voor de contractdwang en de frequentie waarin de contractdwang benodigd zal zijn (en dus een meer of minder algemeen en homogeen karakter kent),<sup>102</sup> zullen in die afweging een rol spelen.<sup>103</sup>

Benadrukt zij, tot slot, dat contractdwang wel de uitzondering zal blijven, óók in tijden van crisis. Pas als contractdwang gerechtvaardigd is, komen afwijkingen op het principe van contractvrijheid in beeld. Uit de eerdere analyse blijkt dat daarvoor serieuze rechtvaardigingsgronden moeten bestaan, en over toepassing ervan dus ook niet lichtzinnig kan worden gedacht.

#### 6.2 De voorwaarden van het ‘gedwongen contract’

Een belangrijke vervolgvraag na de vaststelling dat er meer betekenis aan contractdwang toe zal komen in tijden van crisis, is de vraag naar de *voorwaarden* van het ‘gedwongen contract’. Waarom zou de leverancier van de essentiële medische hulpmiddelen of voedselproducten niet de (hoge) prijs van het schaarse product mogen rekenen voor de levering van die producten (die dan op basis van vraag en aanbod tot stand komt)?

In onze optiek ligt in de verplichting tot contracteren besloten dat – als een partij al gedwongen kan worden te contracteren – dit tegen redelijke voorwaarden dient te geschieden.<sup>104</sup> De uitdrukkelijke rechtvaardiging die aan contractdwang ten grondslag ligt, biedt ook de grondslag om hierbij redelijkheid te betrachten en de contractdwang ook feitelijk te effectueren. Redelijke voorwaarden zijn in die zin inherent aan de dwang tot contracteren, of anders gezegd: de contractdwang dient niet ondermijnd te worden door het stellen van onredelijke voorwaarden.

Daarbij moet bovendien weer worden bedacht dat de crisis – het vertrekpunt voor de opgelegde contractdwang – zich kenmerkt door een bepaald marktdenken, waarin verdelende rechtvaardigheid, sociale doelen en solidariteit meer op de voorgrond treden. De ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die de contracteerplicht in het leven roept, vereist – als dat niet, in geval van directe contractdwang, al rechtstreeks uit de wettelij-

ke bepalingen volgt<sup>105</sup> – dat de tot contracteren verplichte partij het ook daadwerkelijk mogelijk moet maken voor de wederpartij om te contracteren teneinde over (bijvoorbeeld) de schaarse middelen te beschikken. In dit verband kan wat ons betreft aansluiting worden gezocht bij (een variant op) de leer van de rechtvaardige prijs (*iustum pretium*), die inhoudt dat contractuele prestaties evenredig en rechtvaardig moeten zijn. Zijn zij dit niet, dan is de overeenkomst aantastbaar.<sup>106</sup> Alhoewel die leer in het Nederlandse recht niet (expliciet) is aangevaard,<sup>107</sup> zullen de argumenten die voor de incorporatie van die leer te noemen zijn – de evenredigheid tussen contractuele prestaties en het vermijden van ongelijkwaardigheid in prestaties, waarvan met name zwakkere partijen de dupe worden<sup>108</sup> – prominenter naar voren treden in tijden van crisis, omdat dergelijke onevenredigheden vaker zullen voorkomen.<sup>109</sup>

Tot slot: wanneer is een prijs dan onredelijk te noemen? Het vertrekpunt daarbij kan zijn dat de te leveren prestaties over en weer in een redelijke verhouding tot elkaar moeten blijven staan, maar voor de invulling van die ‘redelijke verhouding’ zullen vervolgens geen afgebakende richtsnoeren gelden. Wel zouden in sommige gevallen bepaalde prijzen, prijsmaxima en prijsberekingsmechanismen voorgeschreven kunnen worden.<sup>110</sup> In de meeste gevallen zal het echter aankomen op de invulling van dezelfde ongeschreven zorgvuldigheids- of billijkheidsnorm die de contractdwang *in the first place* in het leven riep. Als die norm namelijk niet zou aangeven hoe de contracteerplicht moet worden vormgegeven, maar slechts zou

105 De wet kent al diverse bepalingen waarin regels aan tarifiering van essentiële goederen en diensten worden gesteld. Zie bijv. art. 26b t/m 43 Elektriciteitswet. In de context van crisis kan ook worden gewezen op het energieprijzplafond, dat in 2022 werd geïntroduceerd om de gevolgen van de energiecrisis en de torenhoge energieprijzen voor consumenten binnen de perken te houden. Zie Rijksoverheid, Vanaf 1 januari lagere energierekening door verruimd prijzplafond, 4 oktober 2022, online raadpleegbaar via [www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/10/04/vanaf-1-januari-lagere-energierekening-door-verruimd-prijzplafond](http://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/10/04/vanaf-1-januari-lagere-energierekening-door-verruimd-prijzplafond). Gewezen kan ook worden op de plannen om woekerhuren voor huurders met een middeninkomen tegen te gaan. Zie bijv. de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 9 november 2023 (met kenmerk 2023-0000650217).

106 Zie over de leer van het *iustum pretium* Asser/Vranken Algemeen deel\*\* 1995/137; F.W. Grosheide, *Iustum pretium*. Enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid, WPNR 1996, afl. 6227, p. 435-438; M.M. van Rossum, *Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?*, WPNR 1996, afl. 6237, p. 659-664; T. Hartlief, *Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?*, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolk (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253; J. Hallebeek, *De iustum pretium-leer en het evenredigheidsbeginsel*, AA 2013, afl. 1, p. 59-64.

107 Asser/Sieburgh 6-III 2022/55. Vgl. met nuanceringen evenwel Van Boom 2023, p. 21-26.

108 In de rechtspraak over oneerlijke bedingen heeft het Hof van Justitie recent ook overwogen dat een disbalans van contractuele prestaties grond kan zijn voor het oordeel dat een beding als oneerlijk dient te worden aangemerkt. Zie HvJ EU 23 november 2023, C-321/22, ECLI:EU:C:2023:911, r.o. 59; HvJ EU 21 maart 2024, C-714/22, ECLI:EU:C:2024:263, r.o. 77-78.

109 Zie ook T. Hartlief, *Een rechtvaardige prijs*, NJB 2022, afl. 31, p. 2487; Van Boom 2023, p. 27-28. Vgl. ook Oosterhuis 2023, p. 197-198.

110 Zie de voorbeelden genoemd in noot 105.

102 Zo kan tegen het gebruik van open normen worden aangevoerd dat dit de rechtszekerheid in mindere mate dient, maar kan tegen de verwerking in wetgeving een gebrek aan flexibiliteit c.q. mogelijkheid tot maatwerk in stelling worden gebracht.

103 Vgl. Houben 2023, p. 102.

104 Zie ook Houben 2005, p. 3.

volstaan met het opleggen van die contracteerplicht, zou er in feite geen oplossing voor het ontstane probleem geboden worden. Ook bij de beantwoording van deze vraag zal dus betekenis toekomen aan de maatschappelijke belangen in kwestie, de aard van de crisissituatie, de mate van urgentie en de hoedanigheid (en draagkracht) van partijen.<sup>111</sup>

### 7 Conclusie

Het ‘heilige huisje’ van de contractvrijheid bestaat bij de gratie van haar maatschappelijke aanvaardbaarheid.<sup>112</sup> En precies die maatschappelijke aanvaardbaarheid zal in geval van crisis van kleur verschieten; juist dán zullen (gangbare) maatschappelijke en sociale opvattingen onder druk komen te staan en juist dán zullen tekorten en schaarste nopen tot solidariteit en ingrijpen op die punten waarop de markt faalt.

Het enkele bestaan van een crisis en een bepaalde (contractuele) disbalans maakt uiteraard niet dat de fundamenten van het contractenrecht zonder meer hun kracht verliezen. Vrijheden en vertrekpunten kunnen onder druk van een crisis echter wel worden aangetast of vloeibaar(der) worden. Denk aan hoe de gezondheidszorgen in de coronajaren tot lockdowns, avondklokken en reisverboden hebben geleid. Hoe de klimaatcrisis de drijvende kracht is in procedures waarin de overheid én private ondernemingen gedwongen worden hun beleid ten aanzien van hun uitstoot van broeikasgassen aan te passen. Hoe hoog de energieprijzen werden nadat Poetin besloot Oekraïne binnen te vallen, hoe schrijnend de gevolgen voor sommige huishoudens waren en hoe we ook hier vooral en in de eerste plaats een oplossing voor wensten in termen van (betaalbare) vaste contracten en prijsplafonds. Crises en de daaropvolgende ontwrichting creëren vandaag de dag, en misschien wel meer dan ooit, (gesprekken over) het nieuwe normaal,<sup>113</sup> en het privaatrecht wordt geacht daarin mee te bewegen.

Dus, en in het verlengde hiervan: ja, onder de noemer van ‘maatschappelijke belangen’ kunnen commerciële partijen in tijden van pandemieën, tekorten en oorlogen wel degelijk gedwongen worden overeenkomsten aan te gaan om te voorzien in (door die crisis blootgelegde) maatschappelijke behoeften. Sterker nog: de geïnventariseerde rechtvaardigingen om tot (in)directe contractdwang over te gaan, zullen bij uitstek gelding vinden in tijden van crisis. Wat normaal was, verandert. Alhoewel contractvrijheid vertrekpunt blijft, zullen crisis en veranderende maatschappelijke opvattingen zodoende grote

invloed (blijven) hebben op hoe vrij wij nu eigenlijk zijn om te contracteren. En blijken nood en noodzaak dat heilige huisje toch ineens omver te kunnen blazen.

<sup>111</sup> Deze vraag naar de (on)redelijkheid van contractuele prijzen is het recht overigens niet vreemd. Zo wordt bij toetsing of er sprake is van misbruik van omstandigheden in de zin van art. 3:44 lid 4 BW geregeld getoetst in hoeverre de misbruikende partij een prijs bedingt die zij in redelijkheid niet had mogen bedingen. Daarbij komt het onder meer aan op de gemaakte en te maken kosten, het nadeel dat de wederpartij van de prijsstelling ondervindt, en de hoedanigheid van partijen, dit alles bezien tegen de context waarin de contractsluiting plaatsvond. Vgl. HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:963, NJ 2023/222.

<sup>112</sup> Zie ook Asser/Sieburgh 6-III 2022/43 en 51.

<sup>113</sup> Zie voor een vooruitblik en vragen over dit ‘nieuwe normaal’ T. Hartlief, *Liniaal, wichelroede, ijskast en prullenbak*, NJB 2024, afl. 3, p. 171.