

Contractdwang en contractvrijheid

Contractdwang en contractvrijheid

Preadviezen

Vereniging voor Burgerlijk Recht 2023

Mr. I.S.J. Houben

Prof. mr. D. Busch

Zutphen 2023



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-338-9

NUR 822

© 2023 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

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

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Voorwoord / 13

Deel I Contractdwang — Mr. I.S.J. Houben / 19

- 1 Inleiding / 21**
 - 1.1 Omschrijving contractdwang / 21
 - 1.2 Wederzijdse contractdwang / 22
 - 1.3 Feitelijke contractdwang / 23
 - 1.4 Directe en indirecte contractdwang / 25
 - 1.5 Kanttekeningen bij indirecte contractdwang / 25
 - 1.6 Centrale vraag: rechtvaardiging van indirecte contractdwang? / 26
 - 1.7 Opbouw van dit preadvies / 29
- 2 Contractvrijheid / 31**
 - 2.1 Positieve en negatieve contractvrijheid / 31
 - 2.2 Beperking contractvrijheid ter bescherming zwakke partij en algemeen belang / 32
 - 2.3 Doorwerking fundamentele rechten / 33
 - 2.4 Invloed sectorspecifieke regelgeving / 34
- 3 Gevallen van directe contractdwang / 35**
 - 3.1 Inleiding / 35
 - 3.2 Directe contractdwang in de zorgsector / 38
 - 3.2.1 Contractdwang zorgverzekeringsovereenkomst / 38
 - 3.2.2 Contractdwang zorginkoopovereenkomst / 42
 - 3.3 Directe contractdwang in het onderwijs: de leerplicht / 45
 - 3.4 Directe contractdwang in de financiële sector: de basisbetaalrekening / 48
- 4 Gevallen van indirecte contractdwang / 51**
 - 4.1 Inleiding / 51
 - 4.2 Indirecte contractdwang als reactie op schending recht op gelijke behandeling / 52
 - 4.3 Indirecte contractdwang als reactie op schending mededingingsrechtelijk verbod op misbruik van machtspositie / 57

4.4	Indirecte contractdwang in de zorgsector / 63
4.4.1	Indirecte contractdwang op grond van artikel 48 lid 1 onder e Wmg / 64
4.4.2	Indirecte contractdwang op grond van precontractuele redelijkheid en billijkheid of onrechtmatige daad? / 69
4.4.3	Indirecte contractdwang geneeskundige behandelingsovereenkomst / 74
4.5	Indirecte contractdwang in het onderwijs: acceptatieplicht onderwijsinstelling / 76
4.6	Indirecte contractdwang in de financiële sector / 82
4.6.1	Inleiding / 82
4.6.2	Indirecte contractdwang gebaseerd op zorgplicht bank / 83
5	Rechtvaardiging contractdwang / 87
5.1	Noodzakelijke goederen of diensten / 87
5.2	De aanbieder als behartiger van publiek belang met sleutels tot de poort / 93
5.3	Marktordening en mededinging / 95
5.4	Waarborgen fundamentele rechten / 96
5.5	Per saldo: mix van bescherming zwakke partij en algemeen belang / 97
6	Evaluatie en beslismodel indirecte contractdwang / 99
6.1	Inleiding / 99
6.2	Weigeringsplicht / 99
6.3	Indirecte contractdwang alleen in een uitzonderlijk geval? / 102
6.4	Relatie tussen beëindiging en aangaan overeenkomst / 102
6.5	Beslismodel indirecte contractdwang in een civielrechtelijke casus / 105

Literatuurlijst / 111

Deel II Contractdwang en contractvrijheid in de financiële sector — Prof. mr. D. Busch / 121

1	Inleiding / 123
1.1	Vrijheid & contractvrijheid / 123
1.2	Contractvrijheid & financiële instellingen / 124
1.3	Terminologie & reikwijdte van dit preadvies / 125
1.3.1	Contractvrijheid / 125
1.3.2	Contractdwang / 126
1.3.3	Andere inperkingen van de contractvrijheid / 126
1.3.4	Banken & andere financiële instellingen / 127
1.3.5	De zwakkere partij / 128

1.3.6	Civielrechtelijke zorgplicht / 128
1.4	Evaluatiecriteria: legitimiteit, proportionaliteit & consistentie / 129
1.5	Gevolgen van het niet respecteren van inperkingen van de contractvrijheid / 130
1.5.1	Algemeen / 130
1.5.2	Civielrechtelijke gevolgen / 130
1.5.3	Strafrechtelijke & toezichtrechtelijke gevolgen / 133
1.6	Opbouw van dit preadvies / 134
2	Weigeringsplichten & de zwakkere partij / 137
2.1	Inleiding / 137
2.2	Overkreditering / 137
2.3	Marginverplichting / 139
2.3.1	Hoofdregel: weigeringsplicht / 139
2.3.2	Uitzonderingen op de weigeringsplicht? / 142
2.3.3	Slotsom / 144
2.4	Cliënten- en orderremisiers / 144
2.4.1	De bredere context / 144
2.4.2	Cliëntenremisiers / 146
2.4.3	Orderremisiers / 148
2.5	Ken-uw-cliënt-regels & weigeringsplichten / 149
2.5.1	Algemeen / 149
2.5.2	Passendheidstoets: geen weigeringsplicht / 149
2.5.3	Geschiktheidstoets: wél weigeringsplichten / 151
2.6	Productinterventie / 152
2.7	Productgoedkeuringsregels / 154
2.7.1	Huidig recht / 154
2.7.2	Toekomstig recht / 156
2.8	Meestal wordt de zwakkere partij op een minder vergaande wijze beschermd / 157
2.8.1	Algemeen / 157
2.8.2	Gedetailleerde gedragsregels / 157
2.8.3	Civielrechtelijke zorgplicht / 160
2.8.3.1	Onderzoeks- en adviesplicht / 160
2.8.3.2	Waarschuwings- en vergewisplicht / 160
2.9	Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie / 161
2.9.1	Legitimiteit / 161
2.9.2	Gedragswetenschappelijk onderzoek / 161
2.9.3	Nudging, eenvoudig taalgebruik & financiële educatie / 162
2.9.4	Productgoedkeuringsregels / 163
2.9.5	Productinterventie / 164
2.9.6	Aanpassing productgoedkeuringsregels / 165
2.9.7	Marginplicht / 166

2.9.8	Weigeringsplicht & cliënten- en orderremisiërs / 167
2.9.9	Verbod op overkreditering / 167
2.9.10	Ken-uw-client-regels & weigeringsplichten / 168
2.9.11	Productinterventie, mensenrechten & milieu / 169
3	Weigeringsplichten, integriteitsrisico's, mensenrechten & milieu / 171
3.1	Inleiding / 171
3.2	Weigeringsplichten & anti-witwasregels / 171
3.2.1	De bredere context / 171
3.2.2	Weigeringsplicht / 176
3.2.2.1	Algemeen / 176
3.2.2.2	Coffeeshop / 177
3.3	Weigeringsplichten & sanctiewetgeving / 179
3.3.1	De bredere context / 179
3.3.2	Weigeringsplichten opgenomen in de EU-sancties tegen Rusland / 183
3.4	Weigeringsplichten & trustkantoren / 185
3.4.1	De bredere context / 185
3.4.2	Verbod op het aanbieden van doorstroomvennootschappen / 186
3.4.3	Verbod op trustdienstverlening aan bepaalde partijen / 187
3.5	Weigeringsplicht & FATCA / 189
3.6	Weigeringsplicht, mensenrechten & milieu / 190
3.6.1	De bredere context / 190
3.6.2	Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) / 191
3.7	Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie / 192
3.7.1	Legitimiteit / 192
3.7.2	Weigeringsplichten & anti-witwasregels / 193
3.7.3	Weigeringsplichten & sanctiewetgeving / 193
3.7.4	Weigeringsplichten & trustkantoren / 194
3.7.5	Weigeringsplichten & FATCA / 195
3.7.6	Weigeringsplicht, duurzaamheid & mensenrechten / 195
3.7.7	Consistentie / 196
4	Contractdwang & de zwakkere partij / 197
4.1	Inleiding / 197
4.2	Recht op een basisbetaalrekening – consumenten / 197
4.2.1	Het juridisch kader: artikel 4:71f e.v. Wft / 197
4.2.2	Basisbetaalrekening & Brexit / 200
4.3	Recht op een basisbetaalrekening – niet-consumenten / 201
4.3.1	Het juridisch kader: de bijzondere zorgplicht jegens derden / 201
4.3.2	Het Yin Yang-arrest / 202
4.3.2.1	Algemeen / 202
4.3.2.2	Feiten / 202

4.3.2.3	Belangenafweging / 204
4.4	Naar een wettelijke regeling voor een basisbetaalrekening voor niet-consumënten? / 206
4.5	De Belgische benadering / 207
4.6	Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie / 209
5	Contractdwang & financiële stabiliteit / 213
5.1	Inleiding / 213
5.2	Contractdwang & Central Counterparties (CCP's) / 213
5.2.1	Centrale clearingplicht / 213
5.2.2	Zachte contractdwang / 215
5.2.3	Dubbele contractdwang / 218
5.3	Contractdwang & kritieke aanbieders van ICT-diensten aan financiële entiteiten / 219
5.3.1	Algemeen / 219
5.3.2	Het Oversight Framework / 221
5.3.3	Contractdwang / 222
5.3.4	Verdere inperkingen van de contractvrijheid? / 224
5.4	Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie / 225
5.4.1	Legitimiteit / 225
5.4.2	Proportionaliteit / 225
5.4.3	Consistentie / 226
5.4.4	Tot slot / 226
6	Beperking van de contractvrijheid & de inhoud van het contract / 227
6.1	Inleiding / 227
6.2	Gedetailleerde wettelijke regels / 227
6.2.1	Wettelijke eisen aan de contractinhoud & de zwakkere partij / 227
6.2.2	Wettelijke eisen aan de contractinhoud & financiële stabiliteit / 229
6.2.2.1	Algemeen / 229
6.2.2.2	Minimumeisen aan ICT-contracten ongeacht of zij kritieke of belangrijke functies van de financiële entiteit ondersteunen / 231
6.2.2.3	Aanvullende minimumeisen aan ICT-contracten die kritieke of belangrijke functies van de financiële entiteit ondersteunen / 232
6.2.2.4	Uitwerking minimumeisen ICT-contracten / 233
6.2.3	Wettelijke eisen aan de contractinhoud & mensenrechten en milieu / 235
6.2.3.1	Algemeen / 235
6.2.3.2	Contractuele garanties / 236

6.2.3.3	Uitwerking contractuele garanties / 237
6.3	Open normen / 238
6.3.1	Civielrechtelijke zorgplicht / 238
6.3.2	Onredelijk bezwarende bedingen / 239
6.3.2.1	Algemeen / 239
6.3.2.2	Eenzijdige rentewijzigingsbedingen in Euribor-hypotheekleningen / 240
6.3.2.3	Schadefixatiebedingen in effectenleaseovereenkomsten / 241
6.3.2.4	Eenzijdige rentewijzigingsbedingen in doorlopend consumentenkrediet / 243
6.4	Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie / 248
6.4.1	Legitimiteit / 248
6.4.2	Bescherming van de zwakkere partij / 249
6.4.3	Financiële stabiliteit, duurzaamheid en mensenrechten / 250
7	Beëindiging van de overeenkomst, integriteitsrisico's, mensenrechten & milieu / 253
7.1	Inleiding / 253
7.2	Beëindigingsplicht & anti-witwasregels / 253
7.2.1	Algemeen / 253
7.2.2	Onduidelijk verdienmodel & rondpompen van geld / 254
7.3	Beëindigingsplicht & trustkantoren / 256
7.4	Beëindigingsplicht & mensenrechten en milieu / 257
7.5	Bevoegdheid van de bank om een basisbetaalrekening te beëindigen / 259
7.5.1	De basisbetaalrekening voor consumenten / 259
7.5.2	De Belgische basisbetaalrekening voor ondernemingen / 261
7.6	Contractuele opzeggingsbevoegdheid & bancaire relaties / 261
7.6.1	Algemeen / 261
7.6.2	Witwassen en het faciliteren van illegale wietteelt? / 263
7.6.3	Trustkantoren / 265
7.6.4	Advocatenkantoren / 268
7.6.5	Bitcoins / 270
7.6.6	Analyse / 274
7.7	FATCA & beëindiging van bankrelaties / 275
7.7.1	Algemeen / 275
7.7.2	College voor de Rechten van de Mens / 276
7.7.3	Geschillencommissie KiFiD / 278
7.8	Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie / 280
7.8.1	Legitimiteit / 280
7.8.2	Beëindigingsplicht & anti-witwasregels / 280
7.8.3	Beëindigingsplicht & trustkantoren / 281
7.8.4	Beëindigingsplicht, mensenrechten & milieu / 282

7.8.5	Bevoegdheid van de bank om een basisbetaalrekening te beëindigen / 282
7.8.6	Contractuele opzeggingsbevoegdheid & bancaire relaties / 283
7.8.7	FATCA & opzegging van bankrelaties / 283
7.8.8	Consistentie / 284
8	Slotbeschouwing / 287
	Literatuurlijst / 291

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. Onmiskenbaar schuilt daarin een kern van waarheid, zij het dat het verschil met de “echte” contractsdwang is dat er hier voor partijen een keuze bestaat het contract al dan niet aan te gaan’, 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 zorgvuldigheidsnorm ex artikel 6:162 BW (in dit geval: de bijzondere zorgplicht jegens derden) aan de bank werd opgelegd in de zaak *Yin Yang*,¹ 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 beknothting 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^{*}

* 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.¹

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.²

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.³

Een dergelijke vergaande beperking van de contractvrijheid behoeft 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 contractweigering 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.⁴ De contracteerplicht die op grond van de ongeschreven zorgvuldighedsnorm ex artikel 6:162 BW aan de bank werd opgelegd in de zaak *Yin Yang*,⁵ 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 zorg⁶ en op hun beurt hebben ziektekostenverzekeraars een acceptatieplicht jegens aspirant-verzekerden.⁷ 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.⁸ 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.⁹ 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.¹⁰ 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).¹¹

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.¹² Een ietwat archaïsch voorbeeld is de enige bakker (en broodverkoper) in een afgelegen dorp.¹³ 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,¹⁴ 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.¹⁵ 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*¹⁶ 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.¹⁷

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.¹⁸ 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.¹⁹

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 ‘onmittelbare’ en ‘mittelbare’ contractdwang,²⁰ onderscheid ik directe en indirecte contractdwang. Onder directe contractdwang versta ik een contracteerplicht die in een specifieke wetsbepaling staat.²¹ 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.²² 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.²³

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',²⁴ 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.²⁵ 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 contractenrecht.

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.²⁶ In het huidige contractenrecht worden meerdere, eventueel tegengestelde beginselen, zoals contractvrijheid enerzijds en solidariteit anderzijds, tegen elkaar afgewogen.²⁷

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.²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰

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^e 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:³¹

- 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?³² Ook vanuit een (rechts)economische visie kan die noodzakelijke terughoudendheid overigens beargumenteerd worden, omdat contractdwang kan leiden tot vershraling van het aanbod,³³ indien deze verplichting door de aanbieder(s) als te belastend wordt ervaren.

Contractdwang zou mijns inziens dus in ieder geval³⁴ 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 Oguis 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.³⁵ 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).³⁶ 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.

Hoofdstuk 2

Contractvrijheid

2.1 Positieve en negatieve contractvrijheid

Contractdwang is een vergaande beperking van de contractvrijheid. Het oordeel over de geoorloofdheid van een dergelijke beperking is mede afhankelijk van de waardering van contractvrijheid als beginsel in het contractenrecht.¹ Contractvrijheid kan worden beschouwd als een uiting van het mijns inziens ruimere begrip partijautonomie.² Bij partijautonomie gaat het om het zelfbeschikkingsrecht van burgers en de mogelijkheid tot zelfontplooiing zonder inmenging van de autoriteiten. Zij is niet beperkt tot het contractenrecht. Testeervrijheid kan bijvoorbeeld ook als een vorm van partijautonomie worden beschouwd.

Het sluiten van overeenkomsten stelt de burger in staat om goederen te verwerven, inkomsten te genereren door het verrichten van arbeid en woonruimte te betrekken. In die zin kan gesteld worden dat het contractenrecht de burger in staat stelt zijn eigen wensen te vervullen en behoeften te bevredigen.³ Het begrip contractvrijheid omvat echter niet alleen de mogelijkheid tot zelfontplooiing, maar ook de afwezigheid van dwang om te contracteren. Nieuwenhuis noemt dit het tweezijdige gelaat van de vrijheid.⁴ Ook wordt gesproken over positieve contractvrijheid en negatieve contractvrijheid, door Abas omschreven als respectievelijk de vrijheid om te contracteren met wie men wil, wat men wil en wanneer men wil en de vrijheid om niet te contracteren.⁵ Contractdwang maakt inbreuk op de negatieve contractvrijheid van de partij aan wie de dwang wordt opgelegd, maar kan wel dienen ter bevordering van de positieve contractvrijheid van de andere partij. De vergroting van de contractvrijheid van de andere partij kan dus ook een rechtvaardiging vormen voor contractdwang.

-
1. Zo vindt Van Boom 2020, p. 46-49, contractvrijheid, althans een type negentiende eeuwse 'laissez-faire' opvatting daarvan, het verkeerde 'frame' om de huidige verhoudingen te beschrijven.
 2. Zie over de verhouding tussen partijautonomie en contractvrijheid nader Franken 2000, p. 146-149, met nadere verwijzingen.
 3. Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2022/41.
 4. Nieuwenhuis 1999, p. 25 en p. 30.
 5. Hofmann/Abas 1977, p. 12-13.

Contractvrijheid veronderstelt een zekere gelijkheid.⁶ De contractvrijheid van een partij die contractdwang ondervindt, wordt zonder meer beperkt, maar als daarmee de contractvrijheid van de wederpartij wordt vergroot, is de vraag hoe we moeten oordelen over ‘de contractvrijheid’ per saldo.⁷

2.2 **Beperking contractvrijheid ter bescherming zwakke partij en algemeen belang**

De nadruk die op de contractvrijheid als fundament van het contractenrecht wordt gelegd, fluctueert in de tijd.⁸ De mate van contractvrijheid wordt mede bepaald door politieke en morele opvattingen en de economische toestand.⁹ Vanaf eind negentiende eeuw werd meer dan voorheen aandacht besteed aan het algemeen belang en de bescherming van de sociaal-economisch zwakkeren,¹⁰ welke belangen worden afgewogen tegen de contractvrijheid. Aan het begin van de 20e eeuw werden meer dwingende wetsbepalingen ingevoerd, bijvoorbeeld ter bescherming van de arbeider, de huurder, de pachter, de kredietnemer en de huurkoper.¹¹ Na de Eerste Wereldoorlog, tijdens de economische crisis in de jaren dertig en na de Tweede Wereldoorlog werd de contractvrijheid sterk beperkt door wetgeving ingevoerd om de gevolgen van die crises in goede banen te leiden.¹² Aan genoemde beperkingen van de contractvrijheid lagen soms dus redenen

6. Vgl. Van Boom 2020, o.m. p. 46-49. Hij beschouwt contractvrijheid als het ideaaltipe van sociale uitwisseling op een goed werkende markt. Contractvrijheid vooronderstelt dus dat die markt zijn werk doet. Doet de markt zijn werk niet, dan moet geleiding van marktpartijen worden overwogen. Zie ook zijn Nijmeegse oratie *Ruilrechtvaardigheid en privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2023, met als ondertitel: Over evenwicht en het *eindsel* van contractvrijheid [cursivering IH], om, als ik het goed zie, aan te geven dat contractvrijheid een *gevolg* is van het voldaan zijn aan bepaalde (economische) voorwaarden (en dus niet zozeer een zinvol uitgangspunt). Mijns inziens sluit overigens de constatering dat het kunnen uitoefenen van de contractvrijheid afhankelijk is van een goed werkende markt (en dat slecht functioneren van een markt de regelgever kan aanzetten tot gelegitimeerd ingrijpen) niet uit dat contractvrijheid ook een intrinsieke waarde heeft als beginsel van contractenrecht. Beperkingen van contractvrijheid zijn ook niet alleen te herleiden tot het willen laten functioneren van de markt, maar kunnen bijvoorbeeld ook worden gerechtvaardigd door het waarborgen van fundamentele rechten, zoals het recht op gelijke behandeling (hetgeen ook in dit preadvies aan de orde komt). Zie over sociale doelen als reguleringsgrond overigens ook Van Boom 2020, p. 155-157.
7. Vgl. de notie dat contractvrijheid een intrinsieke beperking kent, nu beide partijen bij het aangaan van een overeenkomst gebruikmaken van hun contractvrijheid. Busche 2021, Vorbemerkung vor par. 145, Rn. 12.
8. Vgl., in ruimer verband, Keirse & Mak 2022, par. 3.3 en 3.4. Zie ook Pitlo/Gerver 1995, nr. 14.
9. Jansen 2003, p. 135 e.v.; Beekhuis 1953, p. 7-8.
10. Asser/Sieburgh 6-III 2022/53-54, 57; Jansen 2003, p. 148.
11. Jansen 2003, p. 143; Bregstein 1938, p. 453-454, met meer voorbeelden.
12. Jansen 2015, par. 4.4.2; Jansen 2016, par. 2.5; Jansen 2022, p. 53-62; Asser/Sieburgh 6-III 2022/54.

van algemeen belang ten grondslag, soms kwamen zij voort uit de wens de zwakkere partij te beschermen.

In de loop van de twintigste eeuw kwamen naast de reeds genoemde bescherming van de huurder, pachter, werknemer en huurkoper, ook de bescherming van de patiënt (art. 7:446 e.v. BW) en de consument in beeld. In het kader van dit preadvies is ook vermeldenswaard de toenemende bescherming van de consument in het financiële recht, in dat verband meestal als particulier aangeduid, een bescherming die inmiddels is uitgebreid tot ook niet-consumenten.¹³ Die bescherming van niet-consumenten, dat wil zeggen de bescherming in zogenoemde B2B-relaties, is eveneens een ontwikkeling van de laatste tijd, met de introductie van semidwingend recht ter bescherming van de franchisenemer als een sprekend voorbeeld.¹⁴ Op de bescherming van ondernemers in B2B-verhoudingen, maar ook op de categoriale bescherming van consumenten, wordt wel kritiek geleverd¹⁵ en zij is wellicht aan heroverweging toe, maar de notie dat in het contractrecht ook sociale overwegingen een rol spelen, is een gegeven.¹⁶

2.3 Doorwerking fundamentele rechten

Met betrekking tot het onderwerp indirecte contractdwang mag ook de ontwikkeling met betrekking tot doorwerking van grondrechten in horizontale, private, verhoudingen niet onbenoemd blijven.¹⁷ De contractvrijheid van de ene partij kan worden beperkt vanwege de bescherming die de andere partij aan een grondrecht of fundamenteel recht ontleent.¹⁸ In het meest verstrekkende geval kan een beroep op een fundamenteel recht, zoals het gelijkheidsbeginsel, leiden tot contractdwang voor de andere partij.¹⁹ Deze werking van grondrechten op het bestaan van en de recht-

13. Zie voor een beknopt overzicht van deze ontwikkeling in het civiele recht conclusie A-G T. Hartlief voor het arrest *Yin Yang*, ECLI:NL:PHR:2021:239, randnr. 3.1-3.6.

14. Zie ook de invoering van de Wet Acquisitiefraude, *Stb.* 2016, 133, de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen, *Stb.* 2021, 178, de Verordening (EU) 2019/1150, *PbEU* 2019, L 186/57 ter bescherming van zakelijke aanbieders op platforms. Zie ook Keirse & Mak 2022, p. 55-56 en Van Boom 2021.

15. Zie bijv. Pavillon 2021, p. 25-27.

16. Keirse & Mak 2022, p. 55-56 met nadere verwijzingen.

17. Zie over de doorwerking van fundamentele rechten in private verhoudingen o.m.: Sieburgh 2013, p. 429-452; Cherednychenko 2007 en Cherednychenko 2022; Mak 2008; Micklitz 2014; Emaus 2019; De Mol 2019; Pennings 2022.

18. Zie over de vraag of contractvrijheid als grondrecht beschouwd kan worden of in ieder geval een vergelijkbare 'zwaarte' heeft, Asser/Sieburgh 6-III 2022/58 met nadere verwijzingen. Art. 15 en 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie erkennen resp. de vrijheid van beroepsuitoefening en ondernemerschap, waarvan wordt aangenomen dat zij mede de contractvrijheid omvatten. Zie over het beginsel van contractvrijheid in het Unierecht Asser/Hartkamp 3-I 2019/139 met nadere verwijzingen.

19. Asser/Sieburgh 6-III 2022/63; vgl. Klik 1992, p. 16-19.

vaardiging voor (indirecte) contractdwang komt hierna in dit preadvies op verschillende plaatsen aan de orde.²⁰

2.4 Invloed sectorspecifieke regelgeving

Een andere ontwikkeling, die invloed heeft op het bestaan en de rechtvaardiging van contractdwang, is de werking van sectorspecifieke regelgeving, vaak van Europese oorsprong.²¹ De invloed van deze ontwikkeling op de contractvrijheid is niet eenduidig. Sectorspecifieke regulering gaat in sommige sectoren, zoals de energiesector, de telecomsector en de zorgsector gepaard met het opleggen van contractdwang voor bepaalde contracten, waarbij ook de contractinhoud in vergaande mate publiekrechtelijk bepaald is.²² Deze regulering is mede ingegeven door de zorg dat de beschikbaarheid van bepaalde noodzakelijk geachte producten of diensten in het gedrang komt in een zich nog ontwikkelende markt. Tegelijkertijd leeft de gedachte dat een ‘vrije markt’ betekent dat partijen zoveel mogelijk zelf hun contractuele relatie dienen vorm te geven en worden markten geopend, die voorheen gesloten waren. De tendens tot deregulering, privatisering en ruimte voor vrije marktwerking, zoals die vanaf de jaren 80 van de vorige eeuw werd ingezet,²³ leidde niet zonder meer tot meer contractvrijheid, omdat er een toename van dwingende regelgeving, inclusief contractdwang, mee gepaard is gegaan. Aan deze vormen van contractdwang en de ratio daarvan raak ik een aantal keer in dit preadvies. Deze ontwikkeling vormt echter niet de hoofdmoot, omdat ik mij concentreer op indirecte contractdwang, en de sectorspecifieke regelgeving vaker (zij het niet uitsluitend) leidt tot directe contractdwang.

20. Zie m.n. par. 4.2, maar ook voorbeelden verspreid over andere paragrafen.

21. Zie bijv. de contractdwang op grond van art. 4:71f Wft (basisbetaalrekening) waarover par. 3.4 en het preadvies van Busch, par. 4.2. Zie over de invloed van sectorspecifieke regelgeving op het contractenrecht in meer algemene zin, dus niet specifiek met het oog op contractdwang Van Gerven & Lierman 2010; Hans W. Micklitz, Introduction, in: Micklitz 2014, p. 7-9; Houben 2013, p. 1085-1091.

22. Asser/Houben 7-X 2019/205 en 264; Gijrath 2013, p. 1093-1095; Knops 2013, p. 1109-1111. Zie over contractdwang in de zorgsector, die overigens van nationale origine is, nader par. 3.2 en 4.3 hierna.

23. Zie over deze ontwikkeling ook Keirse & Mak 2022, p. 43-44.

Hoofdstuk 3

Gevallen van directe contractdwang

3.1 Inleiding

Contractdwang doet zich op allerlei terreinen voor. Ik schets in deze paragraaf kort directe contractdwang in infrastructuurgebonden sectoren en bij de vrije beroepen. In de volgende paragrafen ga ik uitgebreider in op directe contractdwang in de zorg, in het onderwijs en in de financiële sector.

Infrastructuurgebonden sectoren

Directe contractdwang komt onder meer voor indien toegang tot infrastructuur nodig is om uiteindelijk voor de eindgebruikers essentiële diensten en producten beschikbaar te maken. Het gaat bijvoorbeeld om gas, elektriciteit, warmte, drinkwater, openbaar vervoer, post en telecommunicatie.¹ De contractdwang ligt vaak zowel op de beheerder van de infrastructuur als op de aanbieder van het goed of de dienst, als daar een splitsing tussen bestaat. Contractdwang is dan gebaseerd op specifieke wettelijke bepalingen.²

Contractdwang in deze sectoren is doorgaans gebaseerd op Europese richtlijnen, die als doel hebben een bepaalde mate van voorzieningszekerheid te garanderen in die gevallen waarin gevreesd wordt dat de geïntroduceerde vrije markt niet zal bewerkstelligen dat de noodzakelijke dienst of het noodzakelijke product tegen redelijke voorwaarden voor eenieder beschikbaar is.³ De netbeheerder kan een monopolist zijn, omdat het du-

1. Een nieuwe loot aan de stam van diensten waarvoor regulering van toegang en interoperabiliteit aan de orde is, wordt gevormd door digitale platforms en data, waarop o.a. de digitalemarktverordening (Verordening (EU) 2022/1925, *PbEU* 2022, L 265/1) ziet.
2. Zie voor telecommunicatie art. 9.1, 9.2 en 20.1 Tw, voor post art. 15 e.v. Postwet en het Postbesluit 2009, par. 2, voor drinkwater art. 8 Drinkwaterwet, voor de contractdwang die rust op de energieleverancier jegens kleinverbruikers art. 44 Gaswet en art. 95b Elektriciteitswet 1998, voor de contractdwang die op de netbeheerder rust art. 10 lid 6 en art. 14 Gaswet en art. 23 en 24 Elektriciteitswet 1998 en voor de warmteleverantie art. 2 Warmtewet (ofschoon minder uitgesproken geformuleerd).
3. Zie over dergelijke universele of openbare dienstverplichtingen en diensten van algemeen economisch belang Whish & Baily 2021, p. 247-250 met nadere verwijzingen; Houben & Ten Oever 2016. Als de markt tot ontwikkeling komt, kunnen regels en toezicht afnemen. Zie bijv. het door ACM niet verder afdwingen van toegang tot telecomnetwerken voor concurrerende aanbieders, omdat er voldoende concurrentie op de eindgebruikersmarkt voor snel internet is. Ontwerp Marktanalysebesluit lokale toegang 8 juli 2023, Zaaknummer: ACM/22/178952. Overigens kunnen verplichtingen

pliceren van de infrastructuur feitelijk of economisch niet uitvoerbaar of niet wenselijk is. Toegang tot de infrastructuur dient dan te worden gewaarborgd. Er bestaat doorgaans wel concurrentie op de markt van de eindafnemers, zo zijn er meerdere aanbieders van bijvoorbeeld gas of internet, maar ook daar komt contractdwang voor. Het gaat om goederen of diensten waar afnemers niet buiten kunnen en ook hier doet de markt niet altijd zijn werk qua geografische of sociale spreiding. Bij deze gevallen van in de wet geformuleerde contractdwang wordt de rechtvaardiging onder meer gevormd door de noodzaak een (gevreesd) marktfalen te corrigeren, teneinde eindgebruikers (met name consumenten of kleinverbruikers) te beschermen. Algemene beschikbaarheid van deze essentiële diensten of goederen is ook in het algemeen belang.⁴

De specifieke wettelijke bepalingen bevatten ook uitzonderingen op de contractdwang. Deze uitzonderingen bestaan onder meer indien sprake is van een tekort aan capaciteit, wanbetaling, technische redenen en redenen van veiligheid, waaronder ook betrouwbaarheid van de infrastructuur kan worden begrepen.⁵

‘Vrije’ beroepen

Directe contractdwang rust ook op bepaalde beoefenaren van zogeheten vrije beroepen, onder meer op de notaris.⁶ Bij de notaris gaat het om de in de wet vastgelegde ministerieplicht.⁷

De ministerieplicht van de notaris wordt gerechtvaardigd door de positie waarin het wettelijk domeinmonopolie hem plaatst voor het verrichten van bepaalde noodzakelijke diensten. De notaris heeft de exclusieve bevoegdheid authentieke akten te verlijden, welke akten voor belangrijke rechtshandelingen vereist zijn. Ik geef als enkel voorbeeld de akte bij de levering van onroerende zaken. Indien de notaris zijn diensten weigert, kunnen bepaalde door burgers en ondernemingen gewenste rechtsgevolgen niet worden gerealiseerd. De combinatie van de monopoliepositie enerzijds en de noodzaak om van de diensten gebruik te maken anderzijds is de reden van de in de wet opgenomen ministerieplicht.⁸ Het invoeren en in stand-

ook toenemen bij een veranderende markt. Dit is aan de orde op de markt voor postbezorging, waar plannen bestaan om van toezicht door ACM over te gaan op het vastleggen van een toegangsverplichting in wetgeving. Zie voor de laatste stand van zaken *Kamerstukken II 2022/23*, 35423, nr. 8.

4. Zie ook Houben 2005 p. 37-45, 77-79, 86-88, 102-106, 328-331.

5. Zie nader Asser/Houben 7-X 2019/205, 264; Houben 2005, p. 26-34, p. 71-73, 101-102.

6. Zie voor de contractdwang die de arts ondervindt par. 4.4.3.

7. Zie art. 21 lid 1 Wet op het notarisambt (Wna). Vgl. ook de ministerieplicht van de gerechtsdeurwaarder, art. 11 Gerechtsdeurwaarderswet.

8. Kritisch over de overtuigingskracht van deze redenering als marktwerking maakt dat iedere cliënt makkelijk een notaris kan vinden: Van Es 2014, p. 477-478. Zie over de vraag of de ministerieplicht beperkt is tot gebieden waarop het domeinmonopolie van toepassing is Reijnen 2018, p. 161-163 en Waaijer & Melis 2019, par. 4.1.

houden van de combinatie van wettelijk domeinmonopolie en noodzaak tot het aanwenden van sommige diensten van notarissen, heeft verschillende redenen, die als achterliggende rechtvaardigingsgronden voor de contractdwang kunnen worden beschouwd. Het gaat daarbij om het bevorderen van de rechtszekerheid (denk aan de inschrijving van akten in de openbare registers), bescherming van ook andere belangen dan die van de cliënt (bijvoorbeeld van een partij die in een zwakkere positie lijkt te verkeren bij het passeren van een akte), voorkoming van geschillen (bijvoorbeeld doordat eigendomsposities of de nalatenschap duidelijk zijn vastgelegd), het voorkomen van frauduleuze handelingen en het belang dat de notaris ten opzichte van de overheid onafhankelijk is.⁹

De ministerieplicht is niet absoluut. Zo bestaan er in de wet vastgelegde weigeringsronden. De notaris kan een verzoek van een partij tot het verrichten van werkzaamheden doorverwijzen naar een andere notaris, binnen dezelfde onderneming of binnen het samenwerkingsverband waarvan hij deel uitmaakt, mits die het verzoek aanvaardt. De notaris kan een verzoek van een partij tot het verrichten van werkzaamheden ook doorverwijzen naar notaris buiten het kantoor, mits die het verzoek aanvaardt en de werkzaamheden niet algemeen gebruikelijk en van een zodanige aard zijn dat het belang van de verzoekende partij met de doorverwijzing wordt gediend.¹⁰ Ook kan de notaris soms dienst weigeren wegens redenen van persoonlijke aard.¹¹

De notaris heeft niet alleen een ministerieplicht, maar kan ook, spiegelbeeldig, een weigeringsplicht hebben. Indien naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft, dan mag hij niet alleen, maar moet hij dienst weigeren.¹² Bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt dient de notaris zijn dienst te weigeren of zich door nader onderzoek te overtuigen van het geoorloofde karakter ervan. De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkwerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen. Deze zorgplicht kan ertoe leiden dat

9. Houben 2005, p. 123-125; Reijnen 2018, p. 161.

10. Art. 21 lid 3-4 Wna. Zie Waaijer & Melis 2019, par. 4.3.

11. Waaijer & Melis 2019, par. 4.10

12. Art. 21 lid 2 Wna. Zie hierover en over de poortwachtersfunctie van de notaris ook Mellema-Kranenburg 2020. Vgl. ook de bepaling inzake het weigeren van dienstverlening in de Verordening op de advocatuur (art. 7.3).

de notaris gegronde redenen heeft als bedoeld in artikel 21 lid 2 Wna om de van hem gevraagde dienstverlening te weigeren of op te schorten.¹³ Een wettelijke weigeringsplicht vormt net als contractdwang in beginsel een vergaande inbreuk op de contractvrijheid.¹⁴ In paragraaf 6.2 ga ik hier nader op in.

3.2 Directe contractdwang in de zorgsector

3.2.1 Contractdwang zorgverzekeringsovereenkomst

In de curatieve zorgsector worden tussen meerdere partijen overeenkomsten gesloten. Er wordt wel gesproken van de ‘zorgdriehoek’, die bestaat uit de zorgverzekeringsovereenkomst, de zorginkoopovereenkomst en de geneeskundige behandelingsovereenkomst:



In de verhouding tussen de zorgverzekeraar en de verzekerde, dus met betrekking tot de zorgverzekeringsovereenkomst, bestaat directe contractdwang. Zie over (indirecte) contractdwang met betrekking tot de zorginkoopovereenkomst en geneeskundige behandelingsovereenkomst paragraaf 4.4.¹⁵

Iedere ingezetene is verplicht zich te verzekeren tegen de behoefte aan geneeskundige zorg op grond van artikel 2 Zvw.¹⁶ Indien de verzekerings-

13. HR 2 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479 (Novitaris).

14. Weigeringsplichten komen bijv. ook voor in de financiële sector. Zie hfdst 2 en 3 preadvies Busch.

15. Dit preadvies bevat geen uitputtende behandeling van alle mogelijke vormen van contractdwang in de zorgsector. Zo kan bijv. ook nog worden gedacht aan de verplichting van militairen om zich bij ziekte onder behandeling te stellen (art. 93 AMAR) of het door de burgemeester of voorzitter van de veiligheidsregio verplicht laten opnemen van een persoon ter isolatie in een ziekenhuis bij infectieziektes (art. 31 Wpg), waarbij de vraag kan worden gesteld of een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand komt. Ook de mogelijke indirecte contractdwang o.g.v. art. 11 Zvw komt slechts zijdelings aan de orde.

16. De Zorgverzekeringswet legt in beginsel een verzekeringsplicht op aan iedereen die verzekerd is ingevolge de Wet langdurige zorg (Wlz, voorheen de AWBZ). Dat zijn ingezetenen, maar ook niet-ingezetenen die ter zake van in Nederland in dienstbetrekking

plichtige niet aan de verzekeringsplicht voldoet kunnen bestuurlijke maatregelen volgen, van boetes tot zelfs het door het CAK¹⁷ namens de verzekeringsplichtige sluiten van een overeenkomst (dwangvertegenwoordiging).¹⁸ Op hun beurt hebben ziektekostenverzekeraars een acceptatieplicht jegens aspirant-verzekerden. Een zorgverzekeraar is verplicht om met of ten behoeve van iedere verzekeringsplichtige desgevraagd een zorgverzekering te sluiten.¹⁹ Zorgverzekeraars mogen verzekerden niet selecteren op basis van medisch risico of andere persoonskenmerken. Zij dienen een basisverzekering of het basispakket aan eenieder aan te bieden, tegen dezelfde premie.²⁰

Bij het aangaan van de zorgverzekeringsovereenkomst is dus sprake van wederzijdse contractdwang: zowel de verzekeraar als de verzekeringnemer ondervindt contractdwang. De acceptatieplicht bestaat mede omdat de verzekeringnemer verplicht is zich te verzekeren en dan ook toegang moet hebben tot dat verplichte contract.

Rechtvaardiging

De wetgever beoogt met de combinatie van verzekeringsplicht en acceptatieplicht (risico)solidariteit in het zorgstelsel te bewerkstelligen.²¹ Achterliggend doel is te zorgen dat eenieder toegang heeft tot noodzakelijke, kwalitatief goede, medische zorg.²² Een verplichte verzekering tegen ziektekosten, die door de acceptatieplicht ook daadwerkelijk voor eenieder toegankelijk is, is daartoe een belangrijk instrument, aldus de wetgever.²³ Het kan in het belang van de burger zelf zijn om verzekerd te zijn, vanwege de toegang tot de zorg,²⁴ maar de wetgever wijst hier vooral op het algemeen belang van de solidariteit binnen het stelsel. Ook indien de burger in goede gezondheid verkeert en voldoende draagkrachtig is om ziektekosten zelf te dragen en een ziektekostenverzekering op dat moment wellicht niet direct in zijn belang is, geldt vanuit die gedachte van solidariteit toch een

verrichte arbeid aan de loonbelasting zijn onderworpen. Ik laat de niet-ingezetenen verder buiten beschouwing.

17. Een zelfstandige bestuursorganisatie die wettelijke taken uitvoert voor het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS).

18. Art. 9a e.v. Zvw.

19. Art. 3 lid 1 Zvw. De acceptatieplicht is beperkt tot verzekeringsplichtigen die in het werkgebied van de verzekeraar wonen. In principe is dit werkgebied heel Nederland, maar een beperking tot een of meer provincies is toegestaan voor verzekeraars met minder dan 850.000 verzekerden, zie art. 29 Zvw. De Zvw gebruikt het woord acceptatieplicht (zie de titel van par. 2.2 van de wet). Zie over de vraag of dit wel correspondeert met het aanbod-aanvaardingmodel Frenk 2010, par. 10.IV.4.

20. Art. 3 en 17 Zvw; *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 84.

21. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 3-4 en 35.

22. Zie over het recht op gezondheidszorg en de betekenis van art. 22 Gw: Legemaate 2020, p. 61-63.

23. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 2, 17-18.

24. *Kamerstukken II* 2009/10, 32150, nr. 3 (MvT), p. 5.

verzekeringsplicht. De acceptatieplicht gaat gepaard met een risicovereveningssysteem dat verzekeraars compenseert voor verschillen in risicoprofiel. De verzekeraars worden gefinancierd door middel van inkomensafhankelijke bijdragen van verzekeringsplichtigen en rijksbijdragen en door premies voor verzekerden van achttien jaar en ouder.²⁵ Overigens is het ook vanwege het risico van het mijden van zorg en de daaruit voortvloeiende risico's voor de volksgezondheid van belang dat burgers niet onverzekerd zijn.²⁶

Uitzonderingen

De contractdwang geldt alleen met betrekking tot de basiszorgverzekering. Een groot deel van de Nederlandse bevolking heeft tevens een aanvullende zorgverzekering, bijvoorbeeld voor tandheelkundige zorg, maar daarvoor bestaat geen contractdwang.

Een uitzondering op de verzekeringsplicht wordt gemaakt voor militairen en gemoedsbezwaarden (art. 2 lid 2 Zvw). Een uitzondering op de acceptatieplicht van de ziektekostenverzekeraar bestaat als de verzekeringsplichtige al een zorgverzekering heeft, of als de eerdere zorgverzekering in de vijf jaar, onmiddellijk voorafgaand aan het verzoek tot het sluiten van de verzekering, is opgezegd of ontbonden wegens opzettelijke misleiding door de verzekeringnemer of de verzekerde, of wegens het niet betalen van de premie.²⁷ De twee laatstgenoemde uitzonderingen op de acceptatieplicht gelden alleen voor de zorgverzekeraar die de zorgverzekering vanwege opzettelijke misleiding of wanbetaling heeft opgezegd of ontbonden en niet voor andere zorgverzekeraars.

Proportionaliteit

Het doel dat eenieder toegang heeft tot noodzakelijke zorg, is legitiem. De contractdwang geldt alleen met betrekking tot verzekering van noodzakelijk geachte basiszorg²⁸ en, mijns inziens terecht, niet voor de aanvullende verzekeringen. Dat neemt niet weg dat met name de verzekeringsplicht ex artikel 2 Zvw vergaand is; de uitzonderingsgronden zijn uiterst beperkt en er kunnen bestuurlijke maatregelen worden genomen om tegen te gaan dat burgers onverzekerd zijn, tot aan dwangvertegenwoordiging door het CAK aan toe. Deze wettelijke dwangvertegenwoordiging vormt een zeer vergaande inbreuk op de contractvrijheid. Waar bij contractdwang de gedwongene zelf de overeenkomst sluit, is het hier het CAK dat de overeen-

25. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 17-18. Zie ook Ten Oever 2023, par. 3.2.2.1-3.2.2.3.

26. *Kamerstukken II* 2009/10, 32150, nr. 3 (MvT), p. 6.

27. Art. 3 lid 4 Zvw. Bij niet-betaling van de premie geldt een zogenoemde wanbetalersregeling, zie art. 18a e.v. Zvw, waartoe behoren een betalingsregeling en een bestuursrechtelijke premie, die wordt ingehouden op bijv. loon of zorgtoeslag.

28. Aan de vaststelling van welke zorg tot het verplicht verzekerde pakket behoort, ligt een zorgvuldige weging ten grondslag. Zie Legemaate 2020, par. 10.5 en 10.6.

komst namens de verzekeringsplichtige sluit, tegen diens wil.²⁹ Frenk noemt dit dan ook ‘contractdwang in overtreffende trap’.³⁰

De wetgever acht het vanuit de hiervoor beschreven belangen, te weten het belang van de verzekeringsplichtige zelf, het belang van de solidariteit in het verzekeringssysteem en het risico voor de volksgezondheid door het mijden van zorg, dusdanig ongewenst dat er personen onverzekerd zijn, dat hij het treffen van de genoemde maatregelen om het aantal onverzekerden terug te dringen, proportioneel acht.³¹ De ‘ambtshalve verzekering’, dus via dwangvertegenwoordiging, wordt wel, mijns inziens terecht, als ultimum remedium bestempeld. De wetgever kiest er echter bewust voor geen publiekrechtelijk vangnet te creëren, omdat dit de aan het zorgverzekeringssysteem ten grondslag liggende solidariteitsgedachte zou ondermijnen en daarmee de houdbaarheid van de Zvw onder druk zou zetten.³²

Het feit dat het gaat om wederzijdse contractdwang betekent mijns inziens niet dat er geen sprake zou zijn van een geldig gesloten overeenkomst³³ en evenmin dat de inbreuk op de contractvrijheid te verstrekkend is. Contractdwang die alleen op de verzekeraar of alleen op de verzekeringsplichtige zou rusten, lijkt misschien een minder vergaande inbreuk op de contractvrijheid, maar hoeft dat feitelijk niet te zijn. Indien er wel een verzekeringsplicht geldt voor ingezetenen, maar geen acceptatieplicht voor de verzekeraar, is het mogelijk dat een verzekeringsplichtige niet kan contracteren, waar hij dat wel wil en moet. Indien er wel een acceptatieplicht geldt voor verzekeraars, maar de bevolking niet verzekeringsplichtig is, is de inbreuk op de contractvrijheid wel minder groot. Dat ondermijnt evenwel de risicosolidariteit waarop het stelsel gebaseerd is. Teneinde te bewerkstelligen dat iedere burger toegang heeft tot noodzakelijke zorg, is met de huidige inrichting van het zorgverzekeringsstelsel als gegeven,³⁴ een overeenkomst met betrekking tot basiszorg tussen zorgverzekeraar en verzekeringnemer noodzakelijk.

29. Al is ook bij (overige gevallen van) contractdwang dwangvertegenwoordiging, als vorm van reële executie, mogelijk (art. 3:300 BW). Zie ook Houben 2005, p. 308-309.

30. Frenk 2010, par. 10.V.

31. *Kamerstukken II* 2009/10, 32150, nr. 3 (MvT), p. 6.

32. *Kamerstukken II* 2009/10, 32150, nr. 3 (MvT), p. 7.

33. Zie ook par 1.2. Het betoog dat de contractdwang leidt tot een overeenkomst waarbij geen sprake is van wilsovereenstemming en dat het zonder rechterlijke toets afdwingen van een zorgverzekering in strijd is met het Nederlandse civiele recht en daarmee onrechtmatig is jegens verzekeringsplichtigen werd verworpen in Hof 's-Hertogenbosch, 5 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3877, r.o. 3.6 nu de contracteervrijheid niet onbeperkt is en de Zvw een dergelijke contractdwang met zich meebrengt. Zie ook bijv. Rb. Rotterdam 28 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:594. De verzekeringsplicht is ook niet in strijd met het nationale of internationale recht, CRvB 25 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3135.

34. De Raad voor Volksgezondheid & Samenleving stelt voor om het stelsel te herzien. Advies RVS, *Met de stroom mee. Naar een duurzaam en adaptief stelsel van zorg en ondersteuning*, waarover verslag commissiedebat *Kamerstukken II* 2022/23, 29689, nr. 1224.

3.2.2 Contractdwang zorginkoopovereenkomst

De Zvw biedt de mogelijkheid om een contracteerplicht op te leggen aan de zorgverzekeraar bij het sluiten van een zorginkoopovereenkomst. Van deze mogelijkheid is tot op heden geen gebruikgemaakt. Het gaat dan ook om een mogelijkheid om in te grijpen bij de zorginkoop, die door de wetgever bedoeld is om alleen toe te passen indien dit nodig is ter bescherming van het algemeen belang. In dat geval kunnen bij algemene maatregel van bestuur vormen van zorg worden aangewezen waarvoor de zorgverzekeraar de keuzemogelijkheden van de verzekerde dient te beperken tot zogenoemde ‘gecontracteerde zorg’ (art. 12 lid 1 Zvw). Dat houdt in dat de verzekerde niet naar een zorgverlener van zijn keuze kan gaan, maar verplicht is zich te wenden tot die zorgverleners waarmee de zorgverzekeraar een zorginkoopovereenkomst heeft gesloten.³⁵ Bij deze amvb kan tevens een contracteerplicht worden opgelegd:³⁶ er worden dan vormen van zorg of overige diensten aangewezen waarvoor de zorgverzekeraar met iedere zorginstelling die binnen zijn werkgebied is gelegen of waarvan zijn verzekerden naar verwachting regelmatig gebruik zullen maken, op diens verzoek een zorginkoopovereenkomst dient te sluiten.³⁷ Een instelling die over deze vormen van zorg met een zorgverzekeraar gecontracteerd heeft, is verplicht om ook met andere zorgverzekeraars te contracteren.³⁸ Een uitzondering op de eventuele (omgekeerde) contracteerplicht geldt indien de zorgverzekeraar respectievelijk instelling ernstige bezwaren heeft tegen het sluiten van een overeenkomst (art. 12 lid 4 Zvw).

Rechtvaardiging

De rechtvaardiging van de mogelijkheid om op grond van artikel 12 Zvw een contracteerplicht aan zorgverzekeraars of instellingen op te leggen is het algemeen belang.³⁹ Wat daaronder moet worden verstaan is niet nader gespecificeerd.⁴⁰ Het ligt voor de hand dat het gaat om doelen van algemeen belang zoals die ten grondslag liggen aan de Zorgverzekeringswet, zoals

35. Buiten toepassing van art. 12 lid 1 Zvw bepaalt de polis van de verzekerde of hij naar de zorgaanbieder van zijn keuze kan gaan, zie art. 11 lid 1 Zvw (levering van zorg in natura of per restitutie) en 13 lid 1 Zvw, waarover Legemaate 2020, p. 705-716; Ten Oever par. 2.2.2.2-2.2.2.3.

36. Art. 12 lid 2 Zvw.

37. De bepaling ziet alleen op verzoeken van zorginstellingen, niet op verzoeken van individuele zorgaanbieders.

38. Art. 12 lid 3 Zvw.

39. Als bedoeld in het Europees recht, dit houdt verband met het feit dat een contracteerplicht het buitenlandse zorgverzekeraars in de praktijk moeilijker maakt tot de zorgverzekeringsmarkt toe te treden, en daarmee het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging zou kunnen belemmeren. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 32-33, 108.

40. Legemaate 2020, p. 762.

het waarborgen van een toegankelijke gezondheidszorg van een goede kwaliteit, en het financieel gezond houden van het verzekeringssysteem.⁴¹ In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld genoemd de noodzaak om de distributie van bepaalde vormen van topklinische zorg die slechts in beperkte mate beschikbaar is, aan de gehele bevolking zeker te stellen. Ook wordt genoemd de noodzaak te voorkomen dat de financiële houdbaarheid van het stelsel in gevaar komt vanwege extreme kostenontwikkelingen.⁴²

Argumenten tegen contracteerplicht

Er bestaat op dit moment geen directe contractdwang in de relatie tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder. De noodzaak om in te grijpen op grond van het algemeen belang is er namelijk nog niet. Bovendien bestaan er juist argumenten *tegen* het opleggen van een contracteerplicht. Een van die argumenten is dat het aanwijzen van een vorm van zorg op grond van artikel 12 Zvw, de toegang tot de Nederlandse zorgmarkt voor buitenlandse zorgverzekeraars bemoeilijkt en daarmee het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging zou kunnen belemmeren.⁴³ Andere argumenten tegen het opleggen van een contracteerplicht zijn te ontleen aan de redenen tot het afschaffen van de contracteerplicht zoals die op grond van de voormalige Ziekenfondswet bestond. Een ziekenfonds was verplicht met iedere beroepsbeoefenaar en instelling binnen zijn werkgebied op diens verzoek een overeenkomst aan te gaan.⁴⁴ Deze contractdwang werd onder meer ingegeven door het recht op vrije artskenkeuze van de verzekerde patiënt. De verzekerde moest kunnen kiezen uit alle artsen met bijbehorende verzekeringsdekking.⁴⁵ Deze contracteerplicht is afgeschaft in samenhang met een nieuwe visie op hoe breed beschikbare en betaalbare zorg kan worden bewerkstelligd. De regulering van de gezondheidszorg, waarbij het aanbod van zorg gestuurd werd vanuit de overheid, werd niet langer als geschikt beschouwd. Gesignaleerde problemen waren onder (veel) meer het niet van de grond komen van zorgvernieuwing, wachtlijsten en stijgende kosten. Als oplossing werd gekozen voor introductie van marktwerking in de zorg en het afschaffen van het onderscheid tussen ziekenfonds en particuliere verzekering ten faveure van één type verzekering voor eenieder.⁴⁶ Op de zorgverzekeringsmarkt is concurrentie geïntroduceerd: de verzekerde kan jaarlijks overstappen naar een andere verzekeraar. In dit

41. Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, nr. 7 (NV II), p. 25.

42. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 32-33.

43. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 32-33, 108.

44. Art. 47 Zfw. Er bestond ook een 'omgekeerde contracteerplicht' op grond van art. 48 Zfw.

45. *Kamerstukken II* 1961/62, 6808, nr. 3 (MvT), p. 31; Meulemans 2005, par. 2.

46. Zie Ten Oever 2023, p. 12-18.

systeem heeft de zorgverzekeraar, die de zorg ten behoeve van de verzekerden inkoop, een regiefunctie:

‘In de visie van de regering gaat het bij de uitvoering van de Zorgverzekeringswet echter niet louter om een schadeverzekering. Het doel van de Zorgverzekeringswet is immers niet alleen maar er voor te zorgen dat iedere ingezetene een ziektekostenverzekering heeft die de kosten dekt wanneer hij medische zorg heeft genoten. Doel is ook om voor de gehele bevolking tegen acceptabele voorwaarden de feitelijke toegang tot de noodzakelijke zorg te bewerkstelligen. Beoogd is daarom een type verzekeraar die de door de regering gewenste rol in het model van gereguleerde concurrentie vervult, dat wil zeggen dat hij optreedt als doelmatige, klantgerichte regisseur van de zorg.’⁴⁷

De contractdwang die op het ziekenfonds rustte, past niet in dit stelsel. De zorgverzekeraar moet de vrijheid hebben om daadwerkelijk te onderhandelen met zorgaanbieders over onder meer kwaliteit en prijs, en moet dus ook een contract kunnen weigeren. Zorgaanbieders zullen eerder de voorwaarden van de verzekeraar moeten accepteren, omdat zij anders het risico lopen geen overeenkomst te kunnen sluiten, waar eerder die overeenkomst gegarandeerd was.⁴⁸ Het afschaffen van de contracteerplicht zoals die op grond van de Ziekenfondswet bestond is zodoende weliswaar ingegeven door de wens de contractvrijheid van de zorgverzekeraar ten opzichte van de zorgaanbieder te vergroten, maar niet vanuit de gedachte dat contractvrijheid als zodanig moet worden beschermd. Die wens is ingegeven door een publiek doel: het streven naar doelmatige zorg en kostenbeheersing. Contractvrijheid van de zorgverzekeraar is daartoe een instrument.⁴⁹

47. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 25. Zie ook p. 4-5, 9.

48. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 4-5; *Kamerstukken II* 1989/90, 21357, nr. 3 (MvT), p. 3-4; *Kamerstukken I* 1990/91, 21357, nr. 124b (MvA), p. 10. Aan het recht op vrije artskeuze, reden van de eerdere contracteerplicht, heeft men nu invulling gegeven door de verzekeraar te verplichten om een deel te vergoeden van de niet-gecontracteerde zorg (art. 13 Zvw). Zie over deze bepaling en de ontwikkeling in de jurisprudentie inzake het zogenoemde ‘hinderpaalcriterium’: Concl. A-G B.J. Drijber voor VGZ c.s./Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze, ECLI:NL:PHR:2022:75, randnr. 3.1-3.52. De vraag naar de precieze invulling van deze bepaling levert tot op de dag van vandaag jurisprudentie op, maar het voert te ver om dat in dit preadvies nader uit te werken. Zie o.a. HR 9 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1789 (VGZ c.s./Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze); Concept wetsvoorstel bevorderen zorgcontractering (consultatie gesloten 27 juli 2023) waarin wordt voorgesteld het hinderpaalcriterium in de Zvw op te nemen.

49. Zie in iets breder verband Ten Oever 2023, p. 24-25, met verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis waaruit blijkt dat de wetgever het contractenrecht instrumenteel inzet en marktwerking dient om publieke belangen te behartigen. En recent: ‘Contractering tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders is het vehikel om de beweging naar passende zorg te maken en afspraken te maken die de kwaliteit, toegankelijkheid en

Proportionaliteit

Het doel van de mogelijkheid om op grond van artikel 12 Zvw een contracteerplicht op te leggen is niet heel duidelijk omschreven: het gaat om het algemeen belang. Uitgaande van de doelen van de Zvw en de voorbeelden in de parlementaire stukken behelst dat algemeen belang in grote lijnen legitieme doelen als toegankelijke gezondheidszorg van een goede kwaliteit, en het financieel gezond houden van het verzekeringssysteem. De mogelijkheid om een (omgekeerde) contracteerplicht op te leggen is beperkt tot zorgverzekeraars en instellingen en strekt zich dus niet uit tot alle zorgaanbieders. Bovendien geeft de wetgever aan dat voor een aanwijzing op grond van artikel 12 Zvw dient te worden aangetoond of de betreffende inbreuk gelet op noodzaak en proportionaliteit gerechtvaardigd is.⁵⁰ Dat is overigens niet vanwege een notie dat de contractvrijheid van de partijen beschermenswaardig is. De reden is dat een contracteerplicht het voor buitenlandse zorgverzekeraars moeilijker maakt om de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt te betreden en daardoor in strijd kan komen met de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Hoe dan ook lijkt op dit moment de mogelijkheid om een contracteerplicht op te leggen op grond van artikel 12 Zvw niet disproportioneel, nu het een mogelijkheid betreft die bedoeld is voor uitzonderingsgevallen in het algemeen belang en alleen ziet op overeenkomsten met zorginstellingen.

3.3 Directe contractdwang in het onderwijs: de leerplicht

Een geval van directe contractdwang doet zich ook voor in het onderwijs, in de vorm van een leerplicht. Een leerling onder de 16 jaar is leerplichtig.⁵¹ Artikel 2 Leerplichtwet (Lpw) bepaalt dat een kind op een school dient te worden ingeschreven en vervolgens de school ook dient te bezoeken. Degene die het gezag over het kind uitoefent dan wel de feitelijke verzorging van het kind op zich heeft genomen, dient er zorg voor te dragen dat het kind wordt ingeschreven bij een school.

Het kind en de ouders kunnen wel zelf een keuze maken voor een bepaalde school. Het gaat dan bijvoorbeeld om de keuze tussen openbaar of bijzonder onderwijs, of een keuze voor een bepaalde didactische opvatting (bijvoor-

betaalbaarheid ten goede komen', Concept-memoriet van toelichting wetsvoorstel bevorderen zorgcontractering, p. 7.

50. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3 (MvT), p. 32-33, 108.

51. Zie voor de duur van de leerplicht art. 3 Lpw. De leerplicht vangt aan — kort gezegd — wanneer het kind 5 jaar oud wordt en eindigt na 12 volledige jaren schoolonderwijs, of aan het einde van het schooljaar waarin de leerling 16 jaar is geworden. Heeft de leerling op dat moment nog geen zogenoemde startkwalificatie dan loopt de leerplicht door tot het 18^e jaar of totdat de startkwalificatie is behaald. Zie nader Zoonjens 2023, p. 128-132.

beeld Montessori- of Jenaplanonderwijs). Het kind en de ouders⁵² ondervinden contractdwang in die zin, dat de keuze om al dan niet naar school te gaan – in termen van overeenkomstenrecht: de keuze om al dan niet met een school een overeenkomst aan te gaan⁵³ – ontbreekt. De inhoud van de overeenkomst is evenmin geheel vrij te bepalen, want zij wordt voor een groot deel ingevuld door de publiekrechtelijke onderwijswetgeving. Wel bestaat dus doorgaans vrijheid van keuze van de school, derhalve de vrijheid om de contractpartner te kiezen.

Ook aan de zijde van de onderwijsinstelling komt contractdwang voor. Deze is niet gebaseerd op een wettelijke contracteerplicht als zodanig, maar wordt onder meer afgeleid uit de algemene toegankelijkheid en algemene beschikbaarheid van in ieder geval het openbaar onderwijs, gebaseerd op artikel 23 Gw.⁵⁴ Zie over deze acceptatieplicht van onderwijsinstellingen paragraaf 4.5.

Rechtvaardiging

De leerplicht is ingevoerd in 1901 en was bedoeld als bescherming van kinderen. De ouders en verzorgers van kinderen tussen 7 en 13 jaar oud moesten zorgen dat de kinderen lager onderwijs volgden. Overtreding kon worden bestraft en zo werd kinderarbeid tegengegaan. Daarnaast lag het tegengaan van armoede en criminaliteit aan de eerste Leerplichtwet ten grondslag.⁵⁵ De huidige leerplichtwet dateert van 1969 en is sindsdien nog gewijzigd, vooral met het oog op tegengaan van schoolverzuim.⁵⁶ Dit laatste motief illustreert dat, ofschoon de maatschappelijke ontwikkelingen de rechtvaardiging van de leerplicht iets hebben gewijzigd, het belang dat kinderen daadwerkelijk onderwijs volgen nog steeds overeind staat. Bestrijding van armoede en tegengaan van criminaliteit klinken ons ook nu als (gedeeltelijke) rechtvaardiging niet vreemd in de oren en in grote delen van de wereld is leerplicht nog steeds een belangrijk instrument om armoede, kinderarbeid en kinderprostitutie tegen te gaan.⁵⁷

52. Art. 2 Lpw is gericht tot de ouders of verzorgers. Ik laat de discussie over wie contractspartij is van de school, de ouders, het kind, of allebei, hier rusten. Zie daarover nader Voskamp 2018, hfdst. 2.

53. Over de vraag of hier wel sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst, zie par. 4.5.

54. Voskamp 2018, p. 31-41. Nader over art. 23 Gw en ons duale onderwijsstelsel: Zoontjens 2023, hfdst 2.

55. Storimans 2006, p. 11.

56. Zie nader Zoontjens 2023, p. 124. Inmiddels is er kritiek op de leerplicht als instrument om schoolverzuim tegen te gaan. Er is onder meer vanwege de vele leerlingen die – al dan niet met een ontheffing van de leerplicht – thuiszitten, een discussie gaande om niet een leerplicht, maar een leerrecht in de wet te verankeren. Zie initiatiefwetsvoorstel *Kamerstukken II 2022/23*, 36257, nr. 2 en nr. 3 (MvT) met nadere verwijzingen. Zie hierover nader par. 4.5.

57. Zoontjens 2023, p. 125.

Het verband tussen het fundamentele recht op onderwijs en de leerplicht is hierin gelegen, dat de leerplicht bewerkstelligt dat ouders of verzorgenden en de autoriteiten het kind de toegang tot de school niet kunnen onthouden.⁵⁸ Het gaat dus om het belang van de ontwikkeling van het kind zelf, maar ook om het algemeen belang. Voskamp geeft aan dat de rechtvaardiging van de contractdwang aan de zijde van de ouders en kinderen kan worden gevonden in het maatschappelijk belang, te weten dat het voor een opgeleide samenleving nodig is dat kinderen naar school gaan.⁵⁹

Uitzonderingen

Kunnen de ouders weigeren om een kind in te schrijven op een school? De leerplicht ziet ook op het daadwerkelijk volgen van het onderwijs, maar in het kader van contractdwang gaat het met name om het aangaan van de relatie. De Lpw kent enige uitzonderingen op de inschrijvingsplicht.⁶⁰ Zo kan een leerling psychisch of lichamelijk ongeschikt zijn om naar school te gaan. Als het kind onderwijs volgt op een school in het buitenland of de ouders een trekkend bestaan als kermisexploitant of circusmedewerker hebben, vormt dat eveneens een reden voor vrijstelling van de inschrijvingsplicht en dat geldt ook indien de ouders overwegend bezwaar hebben tegen de richting van het onderwijs op alle op redelijke afstand gelegen scholen.⁶¹

Proportionaliteit

De leerplicht vormt een behoorlijk vergaande inbreuk op de vrijheid van leerling en ouders, maar die inbreuk is gelet op het legitieme doel te bewerkstelligen dat kinderen ook daadwerkelijk onderwijs volgen, mijns inziens niet te vergaand te noemen. Ons onderwijsbestel is zo ingericht dat een kind om onderwijs te ontvangen ingeschreven dient te zijn op een school. Er wordt evenwel rekening gehouden met specifieke omstandigheden die een uitzondering op de inschrijvingsplicht noodzakelijk maken en, vooral belangrijk, de leerplicht laat de vrijheid van keuze van de school (en daarmee het type onderwijs) ongemoeid. Ouders kunnen niet gedwongen worden hun kind onderwijs van een bepaalde richting te laten volgen.

58. Zoontjens 2023, p. 125.

59. Voskamp 2018, p. 39.

60. Art. 5 en 5a Lpw.

61. De richting van het onderwijs speelt alleen een rol bij het bijzonder onderwijs en ziet daarbinnen op een fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing. Zie HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1925, NJ 2021/281; Zoontjens 2023, p. 142-151.

3.4 Directe contractdwang in de financiële sector: de basisbetaalrekening

Op banken rust wettelijke contractdwang met betrekking tot de basisbetaalrekening. Banken dienen op verzoek een consument in de gelegenheid te stellen een basisbetaalrekening aan te vragen en te gebruiken. Deze verplichting is gebaseerd op de Europese betaalrekeningrichtlijn,⁶² geïmplementeerd in de artikelen 4:71 f t/m j Wft. Ik schets kort de contouren van deze vorm van directe contractdwang.⁶³

De publiekrechtelijke verplichting om een basisbetaalrekening te openen, geldt alleen jegens consumenten. Een basisbetaalrekening wordt in artikel 1:1 Wft omschreven als een betaalrekening, met inbegrip van bijbehorende betaalinstrumenten, waarbij debetstand niet mogelijk is. De basisbetaalrekening is dus een minimumvoorziening.

De verplichting rust op banken die in Nederland reguliere betaalrekeningen aan consumenten aanbieden.⁶⁴ Banken die dergelijke diensten niet verlenen, bijvoorbeeld helemaal niet op de consumentenmarkt opereren, hoeven die dienstverlening niet op te tuigen als iemand een basisbetaalrekening aanvraagt.

Rechtvaardiging

De achtergrond van de contractdwang met betrekking tot de basisbetaalrekening staat omschreven in de (considerans van) de Europese betaalrekeningrichtlijn. Het gaat om marktwerking in combinatie met financiële inclusiviteit: 'De goede werking van de interne markt en de ontwikkeling van een moderne, sociaal inclusieve economie zijn steeds meer afhankelijk van de universele verlening van betalingsdiensten.'⁶⁵

De consument dient in staat te worden gesteld essentiële betalingstransacties uit te voeren, zoals het ontvangen van inkomsten of uitkeringen, het betalen van rekeningen of belastingen en het aankopen van goederen en diensten. Ook moeten aankoop van goederen en diensten online en het overmaken van bedragen online mogelijk zijn. De basisbetaalrekening mag evenwel niet tot onlinegebruik worden beperkt, omdat dat een belemmering voor consumenten zonder internettoegang zou opleveren.⁶⁶

Het gaat om diensten die essentieel zijn voor het waarborgen van het volledig gebruik van een betaalrekening in een bepaalde lidstaat, omdat zij op nationaal niveau op grote schaal worden gebruikt. In lidstaten waar

62. Richtlijn 2014/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014, *PbEU* 2014, L 257/214.

63. Zie voor een nadere behandeling van contractdwang in de financiële sector het preadvies van Busch, voor wat betreft de basisbetaalrekening in het bijzonder par. 4.2.

64. Art. 4:71f lid 3 Wft.

65. Overweging 3 considerans betaalrekeningrichtlijn.

66. Overweging 44 considerans betaalrekeningrichtlijn.

nog veel gebruikgemaakt wordt van cheques, kan deze dienstverlening als essentieel door een lidstaat worden aangewezen en deze moet dan ook worden aangeboden. Ook de vergoedingen die banken vragen voor de basisbetaaldienst moeten redelijk zijn, omdat anders de toegankelijkheid in gevaar komt. De bedoeling is dat basisbetaalrekeningen voor zoveel mogelijk consumenten daadwerkelijk beschikbaar zijn.⁶⁷

Uitzonderingen

De bank mag (en soms: moet) het openen van een basisbetaalrekening weigeren op specifiek in de Wft genoemde, limitatief opgesomde, gronden.⁶⁸

Die gronden zijn in de eerste plaats gelegen in eisen die worden gesteld in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft).⁶⁹ Verder mag een bank het openen van een basisbetaalrekening weigeren als de aanvrager niet kan aantonen een werkelijk belang te hebben bij het openen van een dergelijke rekening in Nederland, als de aanvrager al bij een andere bank een betaalrekening heeft (tenzij deze zal worden opgeheven), of al een aanvraag heeft lopen. Weigering is ook geoorloofd als de aanvrager minder dan acht jaar geleden onherroepelijk is veroordeeld voor bepaalde misdrijven, te weten valsheid in geschrifte, bedrog, bedrieglijke bankbreuk of witwassen of als de aanvrager al een basisbetaalrekening had die minder dan twee jaar geleden is beëindigd omdat de rekening opzettelijk is gebruikt voor het plegen van misdrijven. De aanvrager mag worden gevraagd om een verklaring te tekenen dat hij geen andere betaalrekening aanhoudt of heeft aangevraagd in Nederland.⁷⁰

Proportionaliteit

Het doel van de contractdwang die op de bank rust met betrekking tot de basisbetaalrekening is legitiem te noemen: het gaat om toegang tot het betalingsverkeer. De beperking van de contractvrijheid die hier het gevolg van is, is mijns inziens niet disproportioneel. De contractdwang ziet immers alleen op een basisvoorziening, die niet elders te krijgen is. Indien de cliënt al een betaalrekening heeft, bestaat er namelijk geen recht op deze voorziening. Bovendien bestaat een uitzondering op de contracteerplicht, indien de cliënt bepaalde risico's op het terrein van integriteit meebrengt. Mijns inziens strekt de contractdwang niet verder dan noodzakelijk, gezien het feit dat het zonder toegang tot een betaalrekening (met basale faciliteiten)

67. Overweging 45 en 46 considerans betaalrekeningrichtlijn.

68. Art. 4:71g Wft. Zie voor de grotendeels overlappende beëindigingsgronden art. 4:71i Wft.

69. Indien de bank niet aan deze eisen kan voldoen, moet zij weigeren een basisbetaalrekening te openen, art. 4:71g lid 1 Wft. Zie over verplichte contractweigering in de financiële sector het preadvies van Busch, hfdst. 2-3 en over weigeringsplichten in verhouding tot contracteerplichten, kort, par. 6.2 van dit preadvies.

70. Art. 4:71g Wft.

niet mogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en daartoe een overeenkomst met de bank noodzakelijk is.⁷¹

71. Zie in deze zin ook het preadvies van Busch, par. 4.6.

Hoofdstuk 4

Gevallen van indirecte contractdwang

4.1 Inleiding

Uit de aard der zaak is geen sluitende lijst te maken van gevallen waarin indirecte contractdwang voor komt. Twee uiteenlopende casus, ook in de tijd, ter illustratie. De eerste casus stamt uit de jaren 60 van de vorige eeuw en betrof de toegang tot een hotel-café-restaurant in Dordrecht waar veilingen van onroerend goed gehouden werden. Vanwege die veilingen wilde een makelaar toegang tot het etablissement, maar de exploitant weigerde dat, omdat de makelaar en hij ruzie hadden. De rechter oordeelt dat aan de exploitant, die een openbaar aanbod doet door zijn etablissement open te stellen, niet het recht toekomt de toegang te weigeren aan een bezoeker te goeder trouw. Een ruzie is op zichzelf onvoldoende reden, dat kan anders zijn in geval van ‘dronkenschap, onredelijk of wanordelijk gedrag’.¹ Een recenter voorbeeld betreft een gemeente die veroordeeld wordt om sportvelden te verhuren aan de plaatselijke voetbalclub.² De rechter oordeelt dat de aanvankelijke weigering door de gemeente onrechtmatig was. De weigering was gebaseerd op het feit dat een door de gemeente geëiste fusie of samenwerking met een andere voetbalvereniging niet tot stand was gekomen. De termijn om deze fusie te realiseren was echter te kort, aldus de rechter en bovendien was de vereniging die de verhuur vorderde, afhankelijk van de medewerking van de andere vereniging. De rechter vraagt zich ook af of een gemeente niet buiten haar boekje gaat door een fusie op te dringen aan private verenigingen op straffe van het ontnemen van gemeentelijke voorzieningen zoals het gebruik van voetbalvelden, ook al is de gemeente eigenaar. Daarbij had de gemeente units geplaatst ten behoeve van een clubgebouw en was er een omgevingsvergunning afgegeven, waardoor bij de vereniging vertrouwen was gewekt dat langer dan één jaar gebruik kon worden gemaakt van de sportvelden. De rechter is van oordeel dat onvoldoende is gebleken van een zorgvuldige belangenafweging. Vooral de belangen van de jeugdleden, die niet zouden kunnen deelnemen aan

-
1. Rb. Dordrecht 3 februari 1965, ECLI:NL:RBDOR:1965:AB6697, NJ 1966/62. Zie in deze lijn ook: Rb. Maastricht (pres.) 4 juli 1997, ECLI:NL:RBMAA:1997:AH7327, KG 1997/337 (toegang tot openbare veiling kan niet zonder goede reden worden geweigerd, toelaten van publiek noodzakelijk voor openbare verkoop).
 2. Rb. Noord-Nederland 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2813.

de competitie of zouden moeten uitwijken naar een club in een andere plaats, zijn onvoldoende meegewogen.

Twee uiteenlopende gevallen van indirecte contractdwang, allebei afhankelijk van de specifieke casusposities. In het ene geval gaat het om een voor het algemene publiek toegankelijke locatie, hetgeen maakt dat niet zonder meer toegang geweigerd kan worden, in combinatie met de noodzaak om vanwege de beroepsuitoefening toegang te krijgen. In het andere geval speelt mee dat de gemeente als overheidsorgaan een zorgvuldige belangenafweging moet maken, ook als zij privaatrechtelijk handelt.

In de navolgende paragrafen probeer ik, ondanks deze verscheidenheid, toch enige rubricering aan te brengen, zonder enige pretentie van volledigheid. Ik behandel eerst twee categorieën van indirecte contractdwang los van een bepaalde sector of een bepaald goed of een bepaalde dienst: te weten contractdwang als reactie op een schending van het recht op gelijke behandeling en contractdwang als reactie op een schending van het verbod op misbruik van machtspositie. Daarna ga ik in op indirecte contractdwang in een drietal sectoren: de zorg, het onderwijs en de financiële sector. Deze groepen overlappen of kruisen elkaar deels. Zo zijn bepaalde gevallen van indirecte contractdwang in de zorgsector (mede) te beschouwen als vormen van contractdwang die worden opgelegd als reactie op schending van het verbod op misbruik van machtspositie en speelt het recht op gelijke behandeling soms ook een rol bij het door een bank niet mogen weigeren van een bankrekening aan een bepaalde (aspirant-)cliënt.

4.2 Indirecte contractdwang als reactie op schending recht op gelijke behandeling

Bij indirecte contractdwang is de contracteerplicht niet met zoveel woorden omschreven, maar wordt zij afgeleid uit een algemene norm. Indirecte contractdwang is uit de aard der zaak casuïstisch:³ steeds opnieuw moet worden beoordeeld of een contracteerplicht aangewezen is. In de gevallen die in deze paragraaf worden behandeld, betreft de norm het recht op gelijke behandeling. Het gelijkheidsbeginsel zoals opgenomen in artikel 1 van de Gw is uitgewerkt in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). In verband met de hier aan de orde zijnde casus van onterechte contractweigeren is vooral artikel 7 lid 1 AWGB van belang,⁴ dat onderscheid verbiedt op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burger-

3. Al zijn er soms wel categorieën te ontwaren. Zie daarover par. 6.3.

4. Maar zie ook art. 5 AWGB m.b.t. — kort gezegd en voor zover hier relevant — het aangaan van een arbeidsverhouding.

lijke staat bij onder meer het aanbieden van goederen of diensten of het sluiten van overeenkomsten ter zake.⁵

Hoe meer de aanbieder zich buiten de privésfeer begeeft, hoe meer het recht zich er mee bemoeit. In je eigen huis mag je toelaten en weigeren wie je wilt, maar dat geldt niet zonder meer voor de uitbater van een etablissement dat voor het publiek toegankelijk is. Die aanbieder heeft minder vrijheid om onderscheid te maken bij het contracteren. Het zijn van een in beginsel voor het publiek toegankelijke instelling, naar buiten gebracht door een openbaar aanbod, maakt dat minder vrijheid bestaat om iemand de toegang te weigeren.⁶

Contractdwang kan een adequate remedie zijn, in gevallen waarin de aanvankelijke weigering om de overeenkomst te sluiten discriminatoir was.⁷ Zie als belangrijk voorbeeld HR 10 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4496, NJ 1983/687 (*Binderen/Kaya*) waarin werd geoordeeld dat voor de weigering door een woningbouwvereniging een woning toe te wijzen aan Kaya op grond van zijn Turkse afkomst, een 'adequate vorm' van schadeloosstelling zou zijn om hem alsnog een woning toe te wijzen.

5. Dit geldt voor aanbieders die handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf, de openbare dienst, instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs of natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt. Vgl. ook art. II-2:101 tot 2:105 DCFR 2009, die het maken van onderscheid wegens geslacht, etnische afkomst, of ras verbieden in relatie tot een overeenkomst of een andere rechtshandeling die betrekking heeft op het verlenen van toegang tot, of het leveren van, goederen of diensten die beschikbaar zijn voor het publiek. De term 'beschikbaar zijn voor het publiek' wordt uitgelegd als een openbaar aanbod.
6. Dit geldt ook indien er geen sprake is van ongelijke behandeling, zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 19 februari 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AO4207, waar een ontzegging van de toegang voor een negental cafés wegens overlastgevend gedrag voor zes van die cafés werd opgeheven, omdat de overlast daar niet kon worden aangetoond. De rechter liet bij zijn beslissing meewegen dat het ging om openbare, voor het algemeen publiek toegankelijke ruimten, waarin een horecabedrijf wordt geëxploiteerd, welke bedrijven een zekere maatschappelijke functie vervullen. Zie ook Rb. Middelburg 29 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9255. Zie over (tijdelijke) uitsluiting van de toegang tot winkels en horecagelegenheden nader Van Rooij 2017, hfdst. 3 en par. 7.2 en 7.4, onder (veel) meer over discriminatie bij toegangsweigeringen.
7. Lang niet altijd leidt de constatering dat de weigering in strijd met het recht op gelijke behandeling was, tot een contracteerplicht. Om verschillende redenen kan dat niet de aangewezen remedie zijn en wordt bijvoorbeeld een verplichting tot betaling van schadevergoeding opgelegd. Geregeld ook worden dergelijke zaken niet civielrechtelijk, maar strafrechtelijk afgedaan. Dat geldt vooral voor discriminatie bij de toegang tot horecagelegenheden. Daarbij kan overigens de constatering dat een weigering discriminatoir was, betekenen dat (voortaan) in beginsel toegang moet worden verleend. Zie daarover Houben 2005, p. 238-244.

In (de toelichting op) artikel II-2:104 DCFR wordt de mogelijkheid van contractdwang vanwege een eerdere discriminatoire weigering om de overeenkomst te sluiten eveneens genoemd. Echter, vanwege onder meer de inbreuk op de contractvrijheid die dat oplevert, zou contractdwang alleen in uitzonderlijke gevallen moeten worden toegepast. Deze remedie zou beperkt dienen te worden tot die gevallen waarin schadevergoeding of een andere remedie geen soelaas biedt, omdat de betreffende zaak of de betreffende dienst niet elders beschikbaar is. Met beschikbaarheid wordt niet louter bedoeld op feitelijke beschikbaarheid, maar ook op de situatie dat andere aanbieders waarschijnlijk ook (op discriminatoire) gronden zullen weigeren.⁸

Het College voor de Rechten van de Mens is de instantie bij uitstek waar ‘gelijke behandelingscasus’ terecht komen. Er zijn dan ook tal van uitspraken van het College waarin een weigering om een overeenkomst aan te gaan in strijd met de AWGB werd geacht.⁹

Zaken waarin is geoordeeld dat een contractweigering ongeoorloofd onderscheid oplevert, kunnen betrekking hebben op verschillende onderscheidingskenmerken. Zo kan onderscheid zijn gemaakt op grond van politieke gezindheid. Het betreft dan bijvoorbeeld onderscheid dat is gemaakt wegens rechtsextremistische standpunten van de klager. Gevallen betroffen onder meer verboden onderscheid jegens een sollicitant met rechtsextremistische opvattingen door het aangaan van een arbeidsovereenkomst te weigeren.¹⁰ Een ander onderscheidingskenmerk is levensovertuiging en godsdienst. Zo maakte een stichting verboden direct onderscheid op grond van levensovertuiging door alleen vegetariërs in aanmerking te laten komen voor huurwoningen op een bepaald woonpark.¹¹ De Bunq bank maakte verboden direct onderscheid op grond van godsdienst, door een acceptatiebeleid te voeren waarbij religieuze organisaties geen rekening konden openen.¹² Andere voorbeelden in deze categorie zijn het niet aangaan van een arbeidsovereenkomst met een vrouw als winkelmedewerker omdat zij geen christelijke achtergrond had¹³ of het afwijzen van een sollicitant door een advocatenkantoor vanwege zijn christelijke godsdienst.¹⁴ Ook de weigering een kamer te verhuren aan een vrouw omdat zij een hoofddoek draagt le-

8. Zie toelichting op art. II:204 DCFR 2009, p. 234.

9. Zie bijvoorbeeld het overzicht door Van Sasse van Ijsselt 2022, p. 211-237. De oordelen van het CRM zijn niet bindend, maar zoals Van Sasse van Ijsselt aangeeft, ze worden wel als gezaghebbend beschouwd en in een groot deel van de gevallen opgevolgd. Die opvolging kan leiden tot het alsnog sluiten van de overeenkomst. Ook kan (vervolgens) een civielrechtelijke procedure worden aangespannen.

10. CRM 21 juni 2012, oordeel 2012-111.

11. CRM 6 juli 2020, oordeel 2020-54.

12. CRM 22 juni 2020, oordeel 2020-48.

13. CRM 1 november 2018, oordeel 2018-110.

14. CRM 8 december 2016, oordeel 2016-134.

vert een verboden direct onderscheid op.¹⁵ Onderscheid op grond van ras en nationaliteit is onder meer geregeld aan de orde bij toegangsweigeringen in de horeca.¹⁶ Recente voorbeelden van onderscheid op grond van ras en nationaliteit zijn contractweigeringen vanwege de Russische nationaliteit van de vrager, al dan niet met een beroep op de sanctiemaatregelen tegen Rusland.¹⁷ Een illustratie vormt ook een zaak over een goededoelenstichting, die geen bankrekening kon openen, omdat de voorzitter van de Nederlandse stichting de Surinaamse nationaliteit had en ook in Suriname woonde.¹⁸ De bank stelde in verband met verplichtingen uit de toezichtswetgeving (Wwft) de eis dat ten minste één bestuurder een woonadres in Nederland had. Volgens het College maakt de bank door het stellen van die eis indirect onderscheid op grond van nationaliteit.¹⁹ Ook werden woonwageneigenaren die probeerden een lening aan te trekken voor de renovatie van hun woonwageneigenaren door verschillende bemiddelaars en financiële instellingen geweigerd, hetgeen verboden onderscheid op grond van ras opleverde.²⁰

Rechtvaardiging

Uit het voorgaande werd duidelijk dat onterechte contractweigerings, onterecht in de zin van in strijd met het recht op gelijke behandeling, met enige regelmaat voorkomt. De rechtvaardiging voor contractdwang als mogelijke reactie hierop is uit de aard der zaak de bescherming van het grondrecht op gelijke behandeling. Dat grondrecht vloeit voort uit de erkenning van de persoonlijke waardigheid van ieder mens. Eenieder moet zich in de maatschappij kunnen bewegen, en geregeld gaat dat gepaard met het sluiten van overeenkomsten, zonder dat hij wegens persoonlijke kenmerken en eigenschappen als ras, religie of geslacht daarin wordt achtergesteld.

15. CRM 21 juni 2016, oordeel 2016-58.

16. Zie voor oordelen over toegang tot horecagelegenheden bijv.: 11 februari 2010, nr. 2010-15; 24 februari 2011, nr. 2011-27; 24 juni 2011, nr. 2011-93; 22 juni 2012, nr. 2012-112.

17. CRM 28 februari 2023, oordeel 2023-28, weigering om een luxe auto te verkopen vanwege de Russische nationaliteit van de klant. Zie over weigeringsplichten in de financiële sector in verband met de EU-sancties tegen Rusland het preadvies van Busch, par. 3.3.2. Zie ook CRM 28 september 2022, oordeel 2022-112, het niet aanbieden van schoonmaakdiensten vanwege de Russische nationaliteit van de klant.

18. Oordeel 22 februari 2023, nummer 2023-22.

19. Indirect onderscheid is niet strijdig met de AWGB, als het objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn, art. 2 lid 1 AWGB. Het College oordeelde dat het doel van de bank, kort gezegd het gezond houden van de financiële sector, legitiem was. Ook is het middel (vereiste dat ten minste één bestuurder woonadres heeft in Nederland) passend om dat doel te bereiken. Maar volgens het college is het geen noodzakelijk middel, omdat het automatisch afwijzen van een aanvraag verder gaat dan noodzakelijk, nu de bank aanvragers die niet aan het woonplaatsvereiste voldoen actief over het doel van dit vereiste kunnen informeren en hen uitnodigen om op andere wijze aan te tonen dat de aard en het doel van de beoogde zakelijke relatie legitiem zijn.

20. CRM 8 december 2022, oordeel 2022-147; oordeel 2022-148, oordeel 2022-149.

Uitzonderingen

De AWGB formuleert enige uitzonderingen op het recht van gelijke behandeling. Zo geldt op grond van artikel 2 AWGB dat indien het gemaakte onderscheid een indirect onderscheid betreft (en geen direct onderscheid),²¹ dit niet verboden is indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Ook bestaan er uitzonderingen op het verbod van onderscheid op grond van geslacht (bijvoorbeeld ter bescherming van zwangere vrouwen), ras of nationaliteit. Ook ‘positieve discriminatie’ kan een uitzonderingsgrond zijn. De AWGB is niet van toepassing op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag en ook niet op het geestelijk ambt.²²

Een uitzondering op het verbod om onderscheid te maken geldt onder bepaalde voorwaarden ook voor rechtsverhoudingen met een privé karakter.²³

Proportionaliteit

Het tegengaan van schendingen van het recht op gelijke behandeling heeft waar het betreft het sluiten van overeenkomsten in de AWGB een concrete vertaling gekregen. Het doel van de AWGB is de mogelijkheden van het individu om deel te nemen aan belangrijke terreinen van het maatschappelijk leven te bevorderen of in ieder geval belemmeringen die gelegen zijn in discriminatoir handelen weg te nemen.²⁴ Het benutten van die mogelijkheden tot maatschappelijke participatie gaat vaak samen met het kunnen sluiten van een overeenkomst. Contractdwang kan dus in een concreet geval nodig zijn om het doel van het deelnemen op een bepaald terrein van de samenleving mogelijk te maken.

Anderzijds kan contractdwang juist bij gevallen van strijd met gelijke behandelingsnormen heel indringend zijn. Het betreft soms casusposities waarover in de samenleving geen consensus bestaat en een oordeel dat een partij in strijd met gelijke behandelingsnormen heeft gehandeld, kan een gevoelige snaar raken.²⁵

In dat verband kan soms ook de vraag gesteld worden of contractdwang in het belang is van degene die met de weigering werd geconfronteerd.

21. Zie de omschrijving van direct resp. indirect onderscheid in art. 1 AWGB.

22. Art. 3 AWGB.

23. Art. 7 lid 3 jo art. 7 lid 1 onder a en d AWGB.

24. Zie MvT bij de AWGB, *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 1.

25. Zie bijv. inzake de vraag of personen die op grond van hun religieuze overtuiging geen handen willen schudden met iemand van het andere geslacht voor bepaalde functies mogen worden geweigerd Ten Napel 2010, p. 38-50. Anderzijds is het vrijwillig opvolgingspercentage van de oordelen van het CRM zo’n 80%, zie Van Sasse van IJsselt 2022, p. 213, hetgeen niet op grote weerstand wijst.

Dat betreft met name overeenkomsten waarbij intensief contact met de oorspronkelijk weigerende partij aan de orde is.

In het DCFR wordt de keuze gemaakt om bij een discriminatoire weigering om de overeenkomst te sluiten contractdwang als remedie in beginsel alleen in die gevallen toe te passen waarin de betreffende zaak of dienst niet elders beschikbaar is en schadevergoeding of een andere remedie derhalve geen soelaas biedt voor de verwezenlijking van het doel van de overeenkomst. Contractdwang als *ultimum remedium*, mede vanwege de vergaande inbreuk die op de contractvrijheid wordt gemaakt. Daar is veel voor te zeggen, maar ik ben in gevallen van discriminatie geen voorstander van een dergelijke benadering. Toepassing ervan zou betekenen dat indien de bakker uit de inleiding van dit preadvies om discriminatoire redenen weigert brood te verkopen aan een klant van kleur, die klant genoeg zou moeten nemen met bijvoorbeeld schadevergoeding,²⁶ ervan uitgaande dat brood in de nabije omgeving elders verkrijgbaar is. Nu heeft deze klant wellicht zelf geen wens (meer) om hier brood te kopen, maar hij zou dat mijns inziens wel moeten kunnen doen. De uitsluiting die het gevolg is van de weigering, dient geadresseerd te worden en dan is, zoals aangegeven in *Binderen/Kaya*²⁷ een ‘adequate vorm’ van schadeloosstelling om de overeenkomst alsnog te laten sluiten. In veel gevallen is het mijns inziens proportioneel om contractdwang te beperken tot die gevallen waar de overeenkomst noodzakelijk is om een bepaald goed of een bepaalde dienst te kunnen verwerven,²⁸ maar niet, zeker niet zonder meer, als het recht op gelijke behandeling van de vragers wordt geschonden. De grondgedachte van de bescherming van de menselijke waardigheid wordt dan uit het oog verloren.

4.3 Indirecte contractdwang als reactie op schending mededingingsrechtelijk verbod op misbruik van machtspositie

Leveringsweigering kan misbruik van machtspositie opleveren op grond van artikel 24 lid 1 Mw of artikel 102 VWEU.²⁹ Indien misbruik van machtspositie is vastgesteld, is sprake van een onrechtmatige daad en dit kan via de civielrechtelijke route tot een contracteerplicht leiden. Ingrijpen door de mededingingsautoriteit is ook mogelijk en nu doorgaans diens

26. Voorbeeld ontleend aan de toelichting bij art. II-2:104 DCFR 2009, p. 234.

27. HR 10 december 1982, NJ 1983/687 (*Binderen/Kaya*).

28. Zie ook het beslismodel in par. 6.5.

29. Bij toepassing van art. 24 Mw wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de uitleg van art. 102 VWEU in de rechtspraak van het HvJ EU. Zie, in een zaak over o.m. leveringsweigering, HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:149, r.o. 5.3.1, NJ 2016/489 (*NVM/Veerman q.q.*).

maatregelen worden opgevolgd,³⁰ kan ook deze route per saldo leiden tot contractdwang. In de woorden van het Hof van Justitie EU: ‘ (...) de vaststelling dat een onderneming met een machtspositie misbruik heeft gemaakt van haar positie door te weigeren met een concurrent een contract te sluiten, [heeft] tot gevolg dat die onderneming gedwongen is met die concurrent een contract te sluiten. Een dergelijke verplichting vormt een ernstige inbreuk op de contractvrijheid en het recht op eigendom van de onderneming met een machtspositie, aangezien het een onderneming – zelfs een onderneming met een machtspositie – in beginsel vrijstaat om te weigeren contracten te sluiten en de door haar opgebouwde infrastructuur voor eigen doeleinden te gebruiken (...).’³¹

Wat is een leveringsweigering?

Leveringsweigering, of ‘refusal to supply’ kan betrekking hebben op een ‘outright refusal to supply’ of ‘regelrechte leveringsweigering’ en op een ‘constructive refusal to supply’ of ‘impliciete leveringsweigering’. Laatstgenoemde ziet op de situatie dat een onderneming niet zonder meer weigert om te leveren, maar wel hindernissen opwerpt door onredelijke voorwaarden voor de levering te stellen.³² Ik richt mij in het kader van het onderwerp contractdwang primair op weigeringen om een overeenkomst als zodanig aan te gaan en de vraag wanneer dat misbruik van machtspositie oplevert, dus op regelrechte leveringsweigeringen. In het navolgende komt de impliciete leveringsweigering evenwel toch aan de orde, omdat in een aantal recente zaken het onderscheid tussen de voorwaarden voor het opleggen van een contracteerplicht aan een onderneming die eerder regelrecht levering weigerde en het opleggen van verplichtingen aan een onderneming die wel leverde, maar daar onredelijke voorwaarden bij stelde, aan de orde is gekomen.³³ Om te komen tot contractdwang voor een onderneming die regelrecht levering weigerde, blijken strengere eisen te worden gesteld.

30. Evt. door inzet van onder andere dwangsom of boete.

31. HvJ EU 25 maart 2021, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239, r.o. 46 (*Slovak Telekom*).

32. Zie voor de termen ‘regelrechte’ en ‘impliciete’ leveringsweigering de Mededeling van de Commissie inzake de wijziging van de Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2023/C 116/01), hierna: Mededeling gewijzigde richtsnoeren, punt 4 van de bijlage.

33. Zie o.a. Gerecht EU 10 november 2021, ECLI:EU:T:2021:763, r.o. 69-71 (*Google shopping*); HvJ EU 25 maart 2021, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom*).

Wanneer is een leveringsweigering misbruik van machtspositie? Criteria

In het Europese mededingingsrecht zijn verschillende uitspraken bekend waarin leveringsweigering misbruik van machtspositie opleverde en daarom toegang tot infrastructuur, goederen of diensten op grond van artikel 102 VWEU (of voorloper art. 82 EG-Verdrag) moest worden verleend.³⁴ Contractdwang kan het gevolg zijn van de constatering dat een onderneming door de aanvankelijke leveringsweigering misbruik van machtspositie maakt. Een machtspositie heeft betrekking op een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen.³⁵

De meeste gevallen van leveringsweigering in het (Europese) mededingingsrecht betreffen de weigering van een verticaal geïntegreerde onderneming om te leveren aan een bestaande of nieuwe klant op een ‘downstream’ markt. Een leveringsweigering levert dan misbruik van machtspositie op wanneer alle effectieve mededinging op de ‘downstream’ markt kan worden uitgesloten, de weigering niet objectief kan worden gerechtvaardigd en de dienst die wordt geweigerd bovendien onontbeerlijk is voor de activiteit van degene die toegang wenst.³⁶ Onontbeerlijk wil in dit verband zeggen dat er geen reëel of potentieel alternatief bestaat.³⁷ In dit verband wordt ook wel de term ‘essential facilities’ gebruikt, een term afkomstig uit de V.S. Het gaat dan bijvoorbeeld om netwerken voor transport van elektriciteit, gas en aardolie, telecommunicatienetwerken, spoorweginfrastructuur en luchthavens, maar er is bijvoorbeeld ook een uitspraak met betrekking tot overzichten van radio- en televisieprogramma’s. De onontbeerlijkheid ziet namelijk niet op de vraag of het gaat om een product dat of een dienst die onontbeerlijk is voor de eindgebruiker, maar of de levering onontbeerlijk is voor de activiteit op de afgeleide markt van degene die levering wenst. Recent is de vraag opgeworpen of toegang tot bepaalde platformen of platformdiensten, zoals de prijsvergelijkingssite van Google, als ‘essential facility’ moet worden beschouwd. Volgens het Gerecht van Eerste Aanleg vertoont Google’s algemene zoekresultatenpagina inderdaad kenmerken die verwant zijn aan die van een ‘essential facility’, in die zin dat

34. Zie voor een overzicht: Whish & Bailey 2021, p. 739-742.

35. HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, r.o. 65, *Jur.* 1978, p. 280 (*United Brands*). Later meer-malen herhaald en voor het Nederlandse Mededingingsrecht neergelegd in art. 1 onder i Mw.

36. Whish & Bailey 2021, p. 733-735. Als het gaat om het gebruik van i.e.-rechten geldt bovendien het vereiste dat de introductie van een nieuwe product waarnaar vraag kan bestaan bij de consument wordt verhinderd. HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*) en HvJ EG 29 april 2004, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 (*IMS Health*).

37. HvJ EG 26 november 1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Oscar Bronner*).

er momenteel geen daadwerkelijk of potentieel substituut beschikbaar is dat in staat zou zijn om deze dienst te vervangen op de markt op een economisch levensvatbare manier.³⁸ Volgens het Gerecht van Eerste Aanleg ging het echter, kort gezegd, niet om een regelrechte leveringsweigering, maar om een actief verschil in behandeling, in casu van eigen zoekresultaten en die van de concurrenten.³⁹ Beide typen weigering kunnen een schending van artikel 102 VWEU opleveren, maar de vereisten verschillen. Het Hof van Justitie gaf in de *Slovak Telekom*-zaak als reden voor dat verschil dat het opleggen van een toegangsverplichting in het geval waarin de onderneming met machtspositie weliswaar toegang verleent, maar daar onredelijke voorwaarden bij stelt, een minder vergaande inbreuk op de grondrechten van de onderneming oplevert dan wanneer die onderneming in het geheel geen toegang wenste te verlenen tot haar infrastructuur.⁴⁰ In het ene geval gaat het om aanpassing van de voorwaarden van toegang, in het andere geval wordt de toegang als zodanig, en daarmee het contracteren als zodanig, opgedrongen. Vanwege die verdergaande inbreuk op het eigendomsrecht en de contractvrijheid van de onderneming, worden in het tweede geval strengere eisen gesteld om een vorm van toegangsverplichting te kunnen aannemen.

Eerder misbruik van machtspositie bij leveringsweigering in bestaande relatie dan bij nieuwe leveringsweigering

Als de Europese Commissie moet beoordelen of een leveringsweigering voor haar als een handhavingsprioriteit geldt, dan kijkt zij zowel naar gevallen waarin de eerdere levering wordt beëindigd, als naar weigeringen tot levering van een goed dat of een dienst die de onderneming met een machtspositie voordien niet aan anderen heeft geleverd (nieuwe weigeringen tot levering). Zij tekent daarbij echter aan dat waarschijnlijker is dat staking van een bestaande levering als onrechtmatig wordt beschouwd, dan dat dit oordeel wordt geveld over een nieuwe leveringsweigering. Dit heeft te maken met de onontbeerlijkheid van de levering. Als bijvoorbeeld de onderneming waaraan eerst werd geleverd, welke levering nu wordt

38. GvEA 10 november 2021, ECLI:EU:T:2021:763, r.o. 224 en 229 (*Google shopping*).

39. GvEA 10 november 2021, ECLI:EU:T:2021:763, r.o. 230 en 239-240 (*Google shopping*). De praktijken die aan de orde zijn, vormen een onafhankelijke vorm van 'leveraging abuse'. Zie ook Mulder 2022, p. 72-73. De 'self-preferencing' in de *Google*-zaak, het beter presenteren van de eigen 'shopping services' op de zoekpagina dan die van concurrenten, is overigens inmiddels gereguleerd in de Digital Market Act Verordening 2022/1925 van 14 september 2022 voor die ondernemingen die door de Commissie als poortwachter worden aangemerkt (zie art. 2 lid 1, art. 3 en art. 6 lid 5). Op een poortwachter kunnen ook verplichtingen tot het verlenen van toegang tot data en gegevens komen te rusten. Regulering van toegang tot digitale platforms en data vermindert de betekenis van het algemene mededingingsrecht op die terreinen. Zie hierover Van Duijvenvoorde & De Roos 2023 en De Vries e.a. 2021.

40. HvJ EU 25 maart 2021, C-165/19 P, ECLI:EU:C:2021:239, r.o. 51 (*Slovak Telekom*). Zie ook The & Geursen 2021, p. 228-229.

gestaakt, investeringen heeft gedaan teneinde de nu geweigerde diensten of goederen te gebruiken, dan is de kans groter dat de Commissie deze goederen of diensten als onmisbaar zal beschouwen. Het feit dat de onderneming met machtspositie eerder wel leverde, kan bovendien een aanwijzing zijn dat een dergelijke levering er niet toe leidt dat zij geen passende vergoeding krijgt voor *haar* investeringen.⁴¹ Dit betekent dat contractdwang in potentie eerder aan de orde is bij een weigering om aan bestaande klanten te leveren dan bij nieuwe weigeringen tot levering.

Rechtvaardiging contractdwang

De rechtvaardiging voor contractdwang als sanctie op een leveringsweigering in het mededingingsrecht hangt samen met het doel van artikel 102 VWEU. Dat doel is kort gezegd zorgen dat geen afbreuk wordt gedaan aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt, waarop consumenten worden bediend.⁴² Het feit dat een verplichting kan bestaan om met een concurrent te contracteren, vaak met betrekking tot de toegang tot infrastructuur, betekent niet dat dit geschiedt vanwege het belang van die individuele concurrent.⁴³ Het gaat om het belang van de concurrentie in algemene zin. Deze mededinging wordt van belang geacht, vanuit de opvatting dat de handel zo min mogelijk moet worden beperkt, omdat dat de economie en daarmee de welvaart, het voorzieningenniveau, de beschikbaarheid en de prijsstelling van producten ten goede komt.⁴⁴

Argumenten tegen contracteerplicht

In zijn conclusie voor het standaardarrest inzake essential facilities, het *Bronner*-arrest, geeft A-G Jacobs aan dat er ook bezwaren zijn tegen toegangsverplichtingen voor ondernemingen die regelrecht levering weigeren. De reden dat een 'strengere toets' wordt aangelegd alvorens te concluderen tot een verplichting toegang te verlenen valt uiteen in een meer principieel juridisch deel, namelijk inbreuk op contractvrijheid en eigendomsrecht, en in een meer op marktwerking en consumentenbescherming georiënteerd

41. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, nr. 84.

42. Mededeling gewijzigde richtsnoeren (2023/C 116/01), nr. 1.

43. Concl. A-G F.G. Jacobs, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264 (*Bronner*), randnr. 58. Al wordt betoogd dat er binnen het mededingingsrecht een ontwikkeling gaande is om meer aandacht te besteden aan het belang van de concurrent. Zie hierover E. Garcés & G. Colangelo, *Markets, Competition, and Fairness*, EU Law Working Paper No. 74 – TILF Stanford Law School (2023), ssrn.com/abstract=4349587. Zie over de vraag of meer bescherming voor de individuele concurrent (of handelspartner) aangewezen is, buiten het strikte kader (en de hoge drempel) van art. 102 VWEU en 24 lid 1 Mw: Van Boom 2021, par. 3, met bespreking van regelgeving in Duitsland, Frankrijk en België inzake misbruik van economische afhankelijkheid.

44. Zie over de doelen van het mededingingsrecht nader Whish & Bailey 2021, p. 17-22.

deel, namelijk het negatieve effect op innovatie en daarmee beschikbaarheid van nieuwe producten en diensten voor consumenten.⁴⁵

Een inbreuk op de contractvrijheid en de vrijheid om over eigendom te beschikken van ondernemingen behoeft een zorgvuldige motivering.⁴⁶ De mededinging op lange termijn kan worden geschaad bij een veelvuldig toepassen van de essential facilities doctrine, omdat de prikkels tot investeringen afnemen bij zowel de onderneming die toegang tot faciliteiten moet verlenen of producten of diensten moet leveren (investeringen moeten worden gedeeld met concurrenten), als bij de ondernemingen die toegang of recht op levering krijgt (waarom zelf investeren als gebruik kan worden gemaakt van andermans faciliteit).⁴⁷ Een dergelijke verplichting kan bijvoorbeeld leiden tot een vermindering van innovatie.⁴⁸ Een ander argument dat wel genoemd wordt tegen maatregelen die resulteren in contractdwang, is dat het gaat om positieve verplichtingen die meer vragen van de autoriteiten of rechters dan wanneer zij een verbod uitspreken: zij moeten bijvoorbeeld bepalen welke voorwaarden gelden of hoe lang een dergelijke verplichting geldt.⁴⁹

Proportionaliteit

In algemene zin is het doel van artikel 102 VWEU om een goede werking van de mededinging te bewerkstelligen.⁵⁰ Waar het gaat om maatregelen die resulteren in contractdwang voor een partij die haar goederen, diensten of infrastructuur niet met een concurrent wil delen, is dat doel vastomlijnder, althans de strenge eisen die daaraan worden gesteld omvatten onder meer dat *alle effectieve mededinging op de downstreammarkt* wordt uitgesloten. Niet iedere verstoring van de mededinging rechtvaardigt dus contractdwang. Vereist is dat de verstoring van dien aard is, dat alle effectieve mededinging op de downstreammarkt wordt uitgesloten, dat er geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor de weigering bestaat en dat het goed of de dienst onontbeerlijk is. Door de mededingingsautoriteiten, de advocaten-generaal en de rechters wordt het belang van mededinging (en de daarmee verbonden achterliggende doelen van het mededingingsrecht) afgewogen tegen contractvrijheid en de vrijheid van eigendom. De proportionaliteit is ‘ingebak-

45. Zie ook de Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, nr. 85.

46. Concl. A-G F.G. Jacobs, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264, randnr. 56 (*Bronner*).

47. Concl. A-G F.G. Jacobs, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264, randnr. 57 (*Bronner*); GvEA 18 november 2020, T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545, r.o. 90 (*Lietuvos geležinkėliai v Commission*); Whish & Bailey 2021, p. 732-733.

48. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, nr. 89.

49. Vgl. Ibáñez Colomo 2019, p. 536.

50. Gewijzigde richtsnoeren (2023/C 116/011), nr. 1.

ken' in de criteria die gelden om de beslissing te nemen; het woord 'onontbeerlijk' is wat dat betreft veelzeggend. Bovendien kan er terughoudendheid bestaan om een positieve verplichting op te leggen, vanwege de noodzaak om voorwaarden en monitoring vast te leggen. De conclusie lijkt dus gerechtvaardigd dat een contracteerplicht vanwege een regelrechte leveringsweigering in het mededingingsrecht niet lichtvaardig wordt opgelegd. Dit wil uiteraard niet zeggen dat er op de genoemde criteria of de toepassing daarvan geen kritiek mogelijk is.⁵¹ Bovendien zal een deel van de toegangsverplichtingen niet voortkomen uit het algemene mededingingsrecht, maar uit sectorspecifieke regulering van toegang tot bijvoorbeeld bepaalde infrastructuur, die hier buiten beeld blijft.⁵²

4.4 Indirecte contractdwang in de zorgsector

In paragraaf 3.2.1 kwam de contractdwang op grond van de Zvw aan de orde. In de relatie tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder, dus met betrekking tot de zorginkoopovereenkomst, bestaat die directe contractdwang niet, al biedt artikel 12 Zvw de mogelijkheid om in het algemeen belang een contracteerplicht op te leggen. In het verleden bestond overigens wel directe contractdwang in de relatie tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder, zoals aangegeven in paragraaf 3.2.2. Deze is afgeschaft in verband met de herziening van het zorgverzekeringsstelsel en wat betreft de contracteerplicht meer concreet de wens de zorgverzekeraar een regiefunctie op de zorginkoopmarkt toe te kennen. De Hoge Raad overwoog in het arrest *Apothekers/Agis*⁵³ dat sinds 1 januari 1992, de datum waarop de Wet beperking contracteerplicht in werking trad, het stelsel van overeenkomsten tussen de beroepsbeoefenaren en zorgaanbieders enerzijds en (toen nog) ziekenfondsen anderzijds is gebaseerd op contractvrijheid. Hieraan ligt de

51. Zie bijv. Ibáñez Colomo 2019, p. 532-551. Nieuwe opkomende markten en producten geven aanleiding tot nieuwe vragen. Zo zouden de Bronner-criteria aanpassing behoeven voor 'digitale markten', zie in deze zin: Graef 2019, p. 33-72 en ontstaan er vragen over de toegang tot Standard Essential Patents, waarover Von Brasch 2023, p. 220-234. In dit verband is ook vermeldenswaard het onderzoek van ACM naar de werking van de markt van ICT-diensten in de zorg. Er zijn aanwijzingen dat die markt niet goed functioneert, hetgeen vanwege de grote afhankelijkheid van zorgaanbieders van ICT-diensten met betrekking tot allerlei processen en handelingen in de zorg, problematisch is. In het ACM-rapport worden onder andere geïdentificeerd het weigeren van toegang tot informatie, de weigering om een noodzakelijke licentie aan de zorgaanbieder te geven of de weigering om toegang te geven tot noodzakelijke netwerken. In bepaalde gevallen kunnen dergelijke weigeringen, net als de weigering om van meet af aan over voorwaarden te onderhandelen, misbruik van machtspositie opleveren, indien hierdoor de mededinging, de ontwikkeling van nieuwe markten of de technische vooruitgang wordt verhinderd. ACM, Definitieve Leidraad 'Goedwerkende markten voor zorg-ICT', Zaaknr. ACM/21/052741/ Documentnr. ACM/UIT/586302, p. 13. Zie hierover De Wit & Rooke 2023, p. 292-310.

52. Zie daarover kort par. 3.1.

53. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, r.o. 3.4.2, NJ 2005/482 (*Apothekers/Agis*).

gedachte ten grondslag dat daardoor de marktwerking in de zorgsector wordt gestimuleerd teneinde het publieke belang van een kwalitatief en kwantitatief goede zorg tegen een zo laag mogelijke prijs te verwezenlijken. Contractvrijheid is dus het uitgangspunt. Indirecte contractdwang komt echter wel voor in de vorm van een door de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) op grond van artikel 48 lid 1 onder e Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: Wmg) opgelegde contracteerplicht, waarover nader hierna. Andere grondslagen voor het opleggen van indirecte contractdwang zijn ook denkbaar, zoals het moeten voldoen aan de wettelijke zorgplicht (art. 11 Zvw) of de precontractuele redelijkheid en billijkheid of onrechtmatige daad, bijvoorbeeld vanwege misbruik van machtspositie.

4.4.1 Indirecte contractdwang op grond van artikel 48 lid 1 onder e Wmg

De NZa kan op grond van artikel 48 Wmg een verplichting opleggen aan een zorgaanbieder of een ziektekostenverzekeraar⁵⁴ met aanmerkelijke marktmacht op een door de zorgautoriteit volgens de beginselen van het algemeen mededingingsrecht afgebakende markt.⁵⁵

Tot de verplichtingen die de NZa op grond van artikel 48 Wmg kan opleggen, behoort een contracteerplicht.⁵⁶ Ik schaar deze bevoegdheid onder het opleggen van indirecte contractdwang, omdat deze verplichting in een individueel geval afhankelijk van de omstandigheden door de NZa kan worden opgelegd.⁵⁷ De contracteerplicht ex artikel 48 lid 1 onder e Wmg kan worden opgelegd als sprake is van aanmerkelijke marktmacht, maar niet vereist is dat van die marktmacht ook misbruik wordt gemaakt. De

54. Een zorgkantoor is als Wlz-uitvoerder ook een ziektekostenverzekeraar in de zin van de Wmg, zie art. 1 onder f Wmg. Aan een zorgkantoor kan dus ook een contracteerplicht worden opgelegd.

55. Zie over de bevoegdheid van de NZa, de bepaling van de aanmerkelijke marktmacht (als omschreven in art. 47 Wmg) en de voorwaarden die de NZa hanteert om een verplichting op te leggen nader Ten Oever 2023, p. 88-106.

56. Art. 48 lid 1 onder e Wmg. De NZa kan ook de verplichting opleggen om een openbaar aanbod te doen, zie art. 48 lid 1 onder g Wmg.

57. Zou de opgelegde contracteerplicht niet worden nagekomen, dan kan de NZa een aanwijzing, een last onder bestuursdwang dan wel een last onder dwangsom opleggen, art. 76 lid 1 en art. 82 Wmg. Ook de ACM (voorheen NMa) kan optreden in situaties van misbruik van machtspositie, maar de meeste zaken zullen door de sectorspecifieke toezichthouder NZa worden behandeld. Zie art. 18 lid 3 Wmg en het Samenwerkingsprotocol ACM – NZa, *Stcrt.* 2015, 583. Bovendien is het niet zo eenvoudig om misbruik van machtspositie via het mededingingsrecht met succes aan te kaarten, onder meer omdat alleen voor een belanghebbende in de zin van art. 1:2 lid 1 Awb bezwaar of beroep open staat. Zie bijv. NMa besluit (beslissing op bezwaar) 6 april 2012, 7171/29 (*Slockers/Achmea Zorggroep*). Zie nader over contractdwang als sanctie op misbruik van machtspositie wegens leveringsweigering par. 4.3. hiervoor.

gedachte is dat de NZa ex ante moet kunnen optreden, om zorg te dragen voor een gelijk speelveld, en dat het niet gaat om sancties achteraf.⁵⁸

De NZa heeft een dergelijke contracteerplicht binnen de zorginkoopverhouding opgelegd in de zaak *Menzis/Apotheek Van Dalen*.⁵⁹ De contracteerplicht werd opgelegd aan de apotheek, dus de zorgaanbieder, niet aan de verzekeraar. Het conflict tussen de apotheek en Menzis betrof het zogeheten openbaar preferentiebeleid dat Menzis hanteerde voor bepaalde geneesmiddelen. Dit betekent, kort gezegd, dat de verzekeraar alleen bepaalde preferente, doorgaans generieke, goedkopere geneesmiddelen vergoedt, en niet de duurdere merkgeneesmiddelen met dezelfde werkzame stof. Het preferentiebeleid heeft tot doel de kosten van de geneesmiddelenverstrekking te verlagen. Van Dalen wilde geen overeenkomst sluiten waarin dat preferentiebeleid stond opgenomen. Verzekerden die bij de apotheek een ander geneesmiddel kregen, moesten bijbetalen. Ofschoon de verzekerden uit hoofde van hun zorgverzekering geen recht hadden op volledige vergoeding, ging de verzekeraar daar toch bij wijze van coulance toe over. De verzekerden hadden namelijk geen alternatief voor Van Dalen, de enige apotheek in Breskens. Per saldo werden dus niet-preferente geneesmiddelen volledig vergoed, hetgeen ten laste kwam van de zorgverzekeraars. Twee zorgverzekeraars, allebei onderdeel van het concern Menzis, dienden een klacht in bij de NZa.

De NZa oordeelt dat Van Dalen over aanmerkelijke marktmacht beschikt en misbruik maakt van die machtspositie door te weigeren een overeenkomst met preferentiebeleid te sluiten. De regierol van de zorgverzekeraar, die via zijn contracteerbeleid kan sturen op prijs en kwaliteit en daarmee doelmatig zorg kan inkopen voor de verzekerden, kan hij door de leveringsweigering niet waarmaken, waardoor consumenten in financiële zin nadelig getroffen worden.⁶⁰ De NZa legt Van Dalen een contracteerplicht van drie jaren op. Artikel 48 lid 1 onder e Wmg formuleert de contracteerplicht aldus dat de wederpartij onder redelijke voorwaarden dient te voldoen aan elk redelijk verzoek van een zorgaanbieder of, zoals in casu, ziektekostenverzekeraar tot het sluiten van een overeenkomst op of ten behoeve van de zorginkoopmarkt. De vraag is dan wat in het concrete geval redelijke voorwaarden zijn. De NZa bepaalt in de beschikking aan Van Dalen daarover dat het contractaanbod tijdig, minimaal enkele weken voor de ingangsdatum, door een zorgverzekeraar aan Apotheek Van Dalen aangeboden dient te worden. De apotheek dient een redelijke termijn te krijgen om het aanbod te bestuderen en die termijn is in ieder geval niet minder dan

58. *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3 (MvT), p. 67. Zie ook Toelichting op beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg, bijlage bij AL/BR 0030 2014, p. 22.

59. NZa 22 februari 2011, 11D0005151, JGR 2011/43.

60. NZa 22 februari 2011, 11D0005151, JGR 2011/43, par. 8-9. Zie ook CBB 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731 par. 6.9.2-6.9.3 en par. 9. Het CBB verklaart het beroep tegen het besluit ongegrond.

acht weken vanaf het moment dat het contract is aangeboden. Voorts acht de NZa een looptijd van het contract van minimaal één jaar redelijk.⁶¹

Een tweede zaak waarin de NZa een contracteerplicht oplegde aan een zorgverlener betreft Emergis, een aanbieder van geestelijke gezondheidszorg in de provincie Zeeland.⁶² Uit die zaak kan worden afgeleid dat de NZa artikel 48 lid 1 onder e Wmg niet alleen toepast indien sprake is van een contractweigering, maar ook indien de voorwaarden van het contract door de partij met aanmerkelijke marktmacht worden bepaald op een wijze die niet leidt tot doelmatige zorg. De NZa is van oordeel dat er een potentieel mededingingsprobleem bestaat doordat Emergis, die over aanmerkelijke marktmacht beschikt, ondoelmatige zorg (groot volume en hoge kosten) levert.⁶³ Onder druk van Emergis hadden verschillende verzekeraars contracten aangepast. Zorgverzekeraars betalen dan te veel voor de zorg die zij inkopen en dat leidt uiteindelijk tot hogere premies voor verzekerden en mogelijk mindere toegankelijkheid van zorg.⁶⁴ De NZa legt een transparantieverplichting (art. 48 lid 1 onder a Wmg) op, inhoudende dat Emergis een plan van aanpak moet opstellen waarin wordt aangegeven hoe zij de doelmatigheid van de geleverde zorg gaat verbeteren. Daarnaast legt de NZa een contracteerplicht (art. 48 lid 1 onder e Wmg) op. De contracteerplicht houdt in dat Emergis moet voldoen aan redelijke verzoeken van zorginkopers tot het overeenkomen van billijke contractvoorwaarden. Volgens de NZa zijn contractvoorwaarden billijk wanneer de voorwaarden overeenkomen met contractvoorwaarden die de betrokken zorginkopers op de relevante markten met *andere* zorgaanbieders sluiten. Emergis wordt zo gebonden aan voorwaarden die in de markt gelden. De contracteerverplichting is volgens het CBb geschikt, noodzakelijk en proportioneel om het door de NZa beoogde doel te behalen. Een minder belastend alternatief is hier evenmin voorhanden. Aan de eis van subsidiariteit is dus ook voldaan.⁶⁵

Rechtvaardiging

De rechtvaardiging voor het opleggen van een contracteerplicht door de NZa is het belang van de consument, specifiek wat betreft de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van zorg. De visie van wetgever en toezichthouder is dat dit belang wordt gediend met het kunnen uitoefenen van de regiefunctie door de zorgverzekeraar en dat dit belang negatief kan worden beïnvloed bij aanmerkelijke marktmacht van een van beide partijen. De noodzakelijke dienst, zorg, geldt hier als het ware ‘geschakeld’

61. NZa 22 februari 2011, 11D0005151, JGR 2011/43, par. 10.3.

62. NZa besluit 7 december 2020, 320313-783615 (marktanalyse sggz in Zeeland); CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:113, GJ 2022/69 (Emergis/NZa).

63. Par. 9 van het besluit.

64. Randnr. 353 van het besluit.

65. CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:113, GJ 2022/69 (Emergis/NZa).

als rechtvaardiging voor de contractdwang. De contracteerplicht wordt namelijk opgelegd bij het aangaan van de zorginkoopovereenkomst, waarbij de patiënt of verzekerde zelf geen partij is. Maar wel is in een geschakeld verband de noodzaak van toegang tot zorg relevant: als bijvoorbeeld de zorgaanbieder met aanmerkelijke marktmacht weigert de zorginkoopovereenkomst onder bepaalde voorwaarden te sluiten, dan kan de zorgverzekeraar zijn regisseursfunctie niet vervullen en komt daarmee uiteindelijk de toegang tot betaalbare en kwalitatief goede zorg op het spel te staan.

Argumenten tegen contracteerplicht

Van belang is om het kader waarin deze contracteerplicht wordt opgelegd in het oog te houden: het gaat om markttoezicht. De NZa kan een maatregel opleggen indien sprake is van aanmerkelijke marktmacht en zij stelt daarbij het belang van de consument voorop.⁶⁶ Als sectorspecifieke toezichthouder is de blik van de NZa niet gericht op de verhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder als zodanig, zoals in een civielrechtelijke belangenafweging primair aan de orde is. De NZa richt zich op het effect op de markt en in het bijzonder de gevolgen daarvan voor het algemeen consumentenbelang, vertaald in toegankelijke, kwalitatief goede en betaalbare zorg aan consumenten.⁶⁷ In de besproken gevallen werd aan de *zorgaanbieder* een contracteerplicht opgelegd, omdat de *zorgverzekeraar* via dat contract regie voert. Op grond van artikel 48 lid 1 onder e Wmg kan de NZa ook aan de zorgverzekeraar een contracteerplicht opleggen, maar het argument dat deze moet kunnen weigeren contracten te sluiten teneinde de door de wetgever gewenste regiefunctie te kunnen vervullen, zal daar als argument tegen gelden.

Bovendien is van belang dat niet iedere vorm van inkoop- of verkoopmacht van respectievelijk verzekeraars of zorgaanbieders als problematisch hoeft te worden beschouwd door de NZa, bijvoorbeeld omdat aangenomen wordt dat een bepaalde inkoopmacht van verzekeraars zich kan vertalen in lagere premies, hetgeen in het voordeel van de consumenten zou zijn.⁶⁸ De NZa ziet dan niet altijd aanleiding om op te treden.

66. Art. 3 lid 4 Wmg luidt: 'De zorgautoriteit stelt bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang voorop.' Zie ook Ten Oever 2023, p. 94-95 en 486.

67. Zie nader Ten Oever 2023, p. 94-95; NZa, *Visiedocument (In) het belang van de consument*, 2007, p. 14, 24-25.

68. Met name indien hier een prikkel toe is vanwege concurrentie tussen zorgverzekeraars, dus op de zorgverzekeringsmarkt. Zie NZa, *Zorgplicht bij inkoop- en verkoopmacht*, 2017, p. 17 en nader Ten Oever 2023, par. 2.4.2.4 met verwijzingen en par. 2.4.3 met vermelding van verschillende beschikkingen.

Proportionaliteit

Het opleggen van een maatregel, waaronder een contracteerplicht, door de NZa heeft als uiteindelijk doel te zorgen dat de consument kan beschikken over toegankelijke, betaalbare en kwalitatief goede zorg. De contracteerplicht is daarbij een instrument dat in een geschakeld verband werkt: namelijk bij het aangaan van de zorginkoopovereenkomst, waarbij de patiënt of verzekerde zelf geen partij is. De band tussen dat, mijns inziens legitieme, doel en de contracteerplicht is dus indirect. Het meer directe doel is het bestrijden van het geconstateerde mededingingsprobleem.⁶⁹

De Wmg verplicht de NZa om bij het opleggen van verplichtingen de proportionaliteit in acht te nemen.⁷⁰ De verplichtingen moeten naar aard en inhoud passen bij de geconstateerde specifieke marktsituatie en de positie van de betrokken marktpartij daarin.⁷¹ Een verplichting hoort ook niet langer te duren dan nodig is.⁷² De NZa geeft zelf aan te toetsen of de opgelegde verplichting:⁷³

- geschikt is, dat wil zeggen de doelstellingen van de Wmg verwezenlijkt en het mededingingsprobleem in het concrete geval voorkomt;
- noodzakelijk is, dat wil zeggen dat het geconstateerde probleem in de markt van dien aard en omvang is dat het oplossen behoeft, terwijl er geen minder belastend ander instrument of oplegging van een lichtere verplichting mogelijk is. De ernst van het probleem, in de zin van gevolgen van toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit wordt bekeken;⁷⁴
- resulteert in een positief effect, dat wil zeggen dat de voordelen van de verplichting groter zijn dan de nadelen voor de individuele AMM-partij en de markt als geheel. Af te wegen nadelen voor een marktpartij kunnen bijvoorbeeld administratieve lasten en financiële gevolgen zijn, maar ook de impact op de onderhandelings- en contractvrijheid. Relevante voordelen betreffen voordelen gerelateerd aan de doelstellingen van de Wmg: verwezenlijking van publieke belangen en het waarborgen van de werking van het zorgsysteem. Een voorbeeld van dat laatste is dat een verplichting zorgt dat zorgverzekeraars hun rol als kritische zorginkopers uit kunnen oefenen. Als de voordelen en nadelen in een concrete situatie vergelijkbaar zijn qua grootte dan wegen de publieke belangen zwaarder dan de nadelen voor een indi-

69. Cbb 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731 (*Van Dalen/Menzis*).

70. Art. 48 lid 3 Wmg.

71. NZa, beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg, AL/BR-0030, randnr. 24.

72. *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, nr. 3 (MvT), p. 22.

73. NZa, beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg, AL/BR-0030, randnr. 25-27.

74. NZa, Toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg, 2014, AL/BR-0030, p. 29, 31.

viduele marktpartij omdat de NZa het consumentenbelang voorop moet stellen bij de uitoefening van haar taak.⁷⁵

Contractvrijheid wordt wel meegewogen, maar is slechts een van de factoren die een rol spelen in de beoordeling van de proportionaliteit van de op te leggen maatregel en bovendien wegen de publieke belangen zwaarder dan de nadelen voor een individuele marktpartij. In de zaak *Menzis/Apotheek Van Dalen* wordt onder meer overwogen dat de contracteerplicht zorgverzekeraars een titel geeft om een contract af te dwingen waardoor een zorgverzekeraar kan sturen op de prijzen van geneesmiddelen. Van de contracten die daar aan de orde waren, is volgens de NZa duidelijk dat ze de prijzen naar beneden brengen en laag houden. De contracteerplicht dient daarmee het publieke belang betaalbaarheid. Ook overweegt de NZa dat de contractvrijheid van een apotheek met een AMM-positie niet mag leiden tot een onaanvaardbaar nadeel voor de consumenten. In zoverre is een inbreuk op de contractvrijheid in deze zaak gerechtvaardigd, aldus de NZa.⁷⁶ Uiteraard is het mogelijk kritiek uit te oefenen op het beleid en de toepassing daarvan door de NZa. Het beleid wat betreft het opleggen van contracteerplichten lijkt echter in ieder geval niet disproportioneel in die zin, dat bij mijn weten slechts in een beperkt aantal gevallen een contracteerplicht is opgelegd en er bovendien een kader bestaat waarin ook de proportionaliteit wordt getoetst. Het gaat dan om gevallen waarin het sluiten van de zorginkoopovereenkomst, gegeven het huidige stelsel van zorginkoop,⁷⁷ noodzakelijk wordt geacht om per saldo te zorgen voor toegankelijke, betaalbare en kwalitatief goede zorg voor de consument.

4.4.2 Indirecte contractdwang op grond van precontractuele redelijkheid en billijkheid of onrechtmatige daad?

Zoals eerder aangegeven, bestaat in beginsel contractvrijheid in de relatie tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder. Hierboven zagen we dat daar een uitzondering op kan bestaan in het geval dat een partij beschikt over aanmerkelijke marktmacht en de NZa aanleiding ziet tot het nemen van een besluit, in het bijzonder het opleggen van een contracteerplicht. Voor het overige geldt evenwel de contractvrijheid. In civiele rechtspraak is dan

75. NZa, Toelichting op de beleidsregel Aanmerkelijke marktmacht in de zorg, 2014, AL/BR-0030, p. 34.

76. Nza 22 februari 2011, 11D0005151, JGR 2011/43, par. 10.4.

77. Op het huidige zorgstelsel is kritiek, onder andere op het model van concurrentie op de zorginkoopmarkt: de Raad Volksgezondheid en Samenleving stelt inmiddels voor om de concurrentie in de huisartsenzorg, de wijkverpleging, de acute zorg en de ggz te verminderen in die zin dat zij niet meer in concurrentie ingekocht en aangeboden worden. Advies RVS, *Met de stroom mee. Naar een duurzaam en adaptief stelsel van zorg en ondersteuning*, p. 63. Mededingsrechtelijk zitten hier waarschijnlijk wel wat haken en ogen aan.

ook uitgemaakt dat een zorgverzekeraar aan de zorgaanbieders een ‘take it, or leave it’-aanbod mag doen, dat wil zeggen een voor alle aanbieders gelijkkluidend, niet onderhandelbaar aanbod.⁷⁸ Een andere manier om tot totstandkoming van een zorginkoopovereenkomst te geraken is het onderhandelen met een zorgaanbieder of een inschrijvingsprocedure.⁷⁹

Bij de civiele rechter is verschillende malen een beroep gedaan op het vermeend misbruik van een economische machtspositie en daarmee onrechtmatig handelen van de zorgverzekeraar jegens de zorgaanbieder.⁸⁰

De civiele rechter neemt soms de machtspositie van de zorgverzekeraar in aanmerking bij zijn oordeel,⁸¹ maar een contracteerplicht is door de civiele rechter tot op heden bij mijn weten niet opgelegd. Uitgesloten is contractdwang op grond van misbruik van machtspositie evenwel niet, zo valt af te leiden uit het arrest *Apohekers/Agis*. De Hoge Raad oordeelde dat bij de herziening van het stelsel van overeenkomsten tussen zorgaanbieders en (toen nog) ziekenfondsen⁸² onder ogen is gezien dat een ziekenfonds kan weigeren om een overeenkomst met een zorgaanbieder te sluiten, met dien verstande dat een dergelijke weigering door de burgerlijke rechter wel nog zal kunnen worden getoetst aan de normen van het algemene verbintenissenrecht en van het mededingingsrecht.⁸³ De contractvrijheid van een ziekenfonds als Agis wordt beperkt door deze normen.⁸⁴ Agis mag geen misbruik maken van haar economische machtspositie en dit brengt mee dat zij een bijzondere zorgvuldigheid in acht heeft te nemen bij — de in deze casus aan de orde zijnde — bepaling van de prijs die zij bereid is te betalen voor de te leveren hulpmiddelen en waaromtrent zij niet wenst te onderhandelen. In het onderhavige geval is er echter onvoldoende grond voor de conclusie dat de door Agis bepaalde nieuwe prijs jegens de Apothe-

78. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, NJ 2005/482 (*Apothekers/Agis*). Ook de NZa, NMA en het Cbb achten een dergelijke werkwijze in beginsel geoorloofd. Zie bijv. NMA besluit (beslissing op bezwaar) 14 juli 2006, 5166-55 (NVM/Menzis); Nza besluit 25 juli 2007, kenmerk EFLA/mbrd/A/07/365 (*Actiz/Achmea*); Cbb 24 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK5722; Cbb 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180, Gf 2013/153 (*Leemhuis en Van der Marel/Nza*). Zorgverzekeraars zijn verplicht op grond van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw jaarlijks voor 1 april voorafgaand aan het kalenderjaar of de kalenderjaren waarvoor de zorginkoop zal plaatsvinden, de procedure van de zorginkoop en het zorginkoopbeleid bekend te maken. Zij moeten o.a. aangeven uit welke fasen de inkoopprocedure bestaat en aan welke minimumeisen zorgaanbieders moeten voldoen om in aanmerking te komen voor een contract. Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw, *Stcrt.* 2021, 50760, kenmerk TH/NR-021.

79. Legemaate 2020, p. 767-768.

80. Zie bijv. Rb. Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542; Ten Oever 2023, par. 4.3. Veel van deze zaken spelen in kort geding, omdat zij verband houden met zorginkoopovereenkomsten voor het komende en soms reeds lopende jaar.

81. Dat wil niet zeggen dat de machtspositie in mededingingsrechtelijke zin dan ook is vastgesteld. Vgl. ook Ten Oever 2023, p. 233-234.

82. Zie over deze stelselherziening par. 3.2.2.

83. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, r.o. 3.4.2-3.4.3, NJ 2005/482 (*Apothekers/Agis*).

84. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, r.o. 3.4.3, NJ 2005/482 (*Apothekers/Agis*).

kers onrechtmatig of in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn. Volgens de Hoge Raad heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de gegeven omstandigheden uit de door hem aangenomen machtspositie niet de door de Apothekers bepleite onderhandelingsplicht af te leiden.⁸⁵

In de gegeven omstandigheden is door het hof geen onderhandelingsplicht aangenomen op grond van de machtspositie van Agis.⁸⁶ Het is evenwel niet uitgesloten dat in een ander geval wel een onderhandelingsplicht of zelfs een contracteerplicht wordt aangenomen op grond van of in verband met de machtspositie van de zorgverzekeraar. De Hoge Raad bepaalt ook dat het hof terecht geen onderhandelingsplicht heeft afgeleid uit de langdurige contractuele relatie tussen partijen. De wetgever heeft immers bewust gekozen voor contracten van een bepaalde tijd, om meer flexibiliteit in het overeenkomstenstelsel te krijgen. Daarmee is niet in lijn om uit de (duur van de) voorafgaande relatie een onderhandelingsplicht te laten voortvloeien. Uit de redelijkheid en billijkheid kan, mede in verband met de overige omstandigheden van het geval, anders voortvloeien, aldus de Hoge Raad.⁸⁷

De deur naar een onderhandelingsplicht of zelfs contracteerplicht gebaseerd op misbruik van machtspositie, is door de Hoge Raad dus niet dichtgegooid en zelfs met zoveel woorden opengehouden. Met Ten Oever schat ik evenwel de kans dat op grond van de machtspositie van de verzekeraar een onderhandelingsplicht of contracteerplicht wordt aangenomen niet hoog in, gezien de nadruk die ook de civiele rechter legt op de regiefunctie van de zorgverzekeraar in het huidige wettelijk stelsel.⁸⁸ Ten Oever wijst er ook op dat collectief onderhandelen over de prijs door concurrerende zorgaanbieders in strijd is met het mededingingsrecht en de rechter een vordering tot onderhandelen met een collectief of belangenvereniging dus niet kan toewijzen.⁸⁹ Wel zijn er, meestal op grond van redelijkheid en billijkheid, onderhandelings- en contracteerplichten opgelegd *aan reeds onderhandelende partijen* bij een zorginkoopovereenkomst. Dit speelde met name als de geldende overeenkomst voor bepaalde tijd eindigde en nog

85. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, r.o. 3.4.4, NJ 2005/482 (*Apothekers/Agis*).

86. Wel oordeelt het hof dat Agis jegens de apothekers onrechtmatig heeft gehandeld vanwege onduidelijkheden en onjuistheden die aan het aanbod kleefden en de apothekers, mede in het licht daarvan, te weinig tijd hadden gekregen om op het aanbod te reageren. Het hof bepaalt op die grond dat de oude overeenkomsten met de apothekers nog een half jaar van kracht blijven: Hof Amsterdam 11 december 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AO6026, r.o. 4.9-4.11.

87. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, r.o. 3.4.5, NJ 2005/482 (*Apothekers/Agis*).

88. Ten Oever 2023, p. 231-232.

89. Ten Oever 2023, p. 232 onder verwijzing naar NMa richtsnoeren voor de zorgsector, par. 4.3.2; Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 20 oktober 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7296, r.o. 4.4 (*NVOS en OIM/CZ*).

geen overeenstemming was bereikt over het jaar dat aanbrak.⁹⁰ Hierbij kan bijvoorbeeld een rol spelen dat al gedurende vele jaren steeds gecontracteerd is, onder min of meer gelijklopende voorwaarden,⁹¹ dat het voortbestaan van een zorgaanbieder van de overeenkomst afhankelijk is (en de consequenties voor personeel en de beschikbare zorg bij het niet kunnen voortbestaan van de zorgaanbieder),⁹² dat een voornemen om niet te contracteren of een ingrijpende wijziging van de voorwaarden niet tijdig is aangegeven of dat afspraken die door partijen gemaakt zijn over het onderhandelingsproces niet worden nagekomen.⁹³

Rechtvaardiging

De normen van het algemene verbintenissenrecht en van het mededingingsrecht kunnen leiden tot het opleggen van een contracteerplicht aan een zorgverzekeraar of aan een zorgaanbieder. Te denken valt aan bescherming van de wederpartij tegen misbruik van een economische machtspositie, hetgeen ook in het civiele recht een rechtvaardiging kan vormen voor het opleggen van een contracteerplicht. Niet uitgesloten is dat een rechtvaardiging voor het opleggen van een contracteerplicht onder omstandigheden bijvoorbeeld ook zou kunnen worden gevonden in bescherming van vertrouwen op de totstandkoming van een overeenkomst dat ontleend wordt aan de langdurige relatie of in het gebrek aan transparantie over door te voeren wijzigingen of over het niet opnieuw willen contracteren.⁹⁴

Argumenten tegen contracteerplicht

In de precontractuele verhouding tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder is contractvrijheid dominant. Het opleggen van een contracteerplicht zou dus een uitzondering vormen, maar is niet geheel uitgesloten. Ook in civiele zaken worden de sectorspecifieke wetgeving en de doelen die de wetgever daarmee wil bereiken, meegewogen. Dat levert in deze specifieke context een sterk argument op tegen een contracteerplicht voor de zorgverzekeraar. De zorgverzekeraar heeft onder meer als taak om de zorg kwali-

90. Ten Oever 2023, p. 241 geeft aan dat het voor de inwerkingtreding van de Regeling Transparantie zorginkoopproces Zvw en de Regeling informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten, TH/NR-022, vaker voorkwam dat partijen nog geen overeenstemming hadden bereikt voor het einde van het lopende contract.

91. Zie bijv. Rb. Arnhem (vzr.) 18 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9172, *GJ* 2012/48 (*IvHG/VGZ*).

92. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 8 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:21 (*Dienstapothek Eemland/ Zilveren Kruis en Zorg en Zekerheid*).

93. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 24 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9415 (*Zuidoost Kliniek/Zilveren Kruis*).

94. Hierbij zij opgemerkt dat deze argumenten vooral een rol lijken te spelen indien de onderhandelingen reeds zijn aangevangen. Een sanctie om door te onderhandelen of zelfs een contracteerplicht wegens het afbreken van onderhandelingen is echter mijns inziens niet hetzelfde als het moeten aanvangen van die onderhandelingen. Zie daarover ook par. 6.4 en Houben 2005, p. 250.

tatief goed en betaalbaar te houden door te selecteren bij het contracteren met zorgaanbieders. De rol van regisseur die de zorgverzekeraar in het huidige stelsel door de wetgever toebedeeld heeft gekregen, is hier dus een argument tegen het aannemen van contractdwang.

Proportionaliteit

Het doel van een eventuele op basis van precontractuele redelijkheid en billijkheid of onrechtmatige daad opgelegde contracteerplicht is gelegen in de bescherming van het belang van de wederpartij. De civielrechtelijke belangenafweging wordt sterk gekleurd door de keuzes die de wetgever heeft gemaakt. Dat betekent dat het opleggen van een contracteerplicht aan een verzekeraar niet voor de hand ligt. Dat wil niet zeggen dat, indien in een zeker geval een contracteerplicht zou worden opgelegd, dat niet proportioneel zou zijn. Er is dan sprake van een normoverschrijding, zoals misbruik van machtspositie, die van dien aard is, dat de wens om de verzekeraar zijn regierol te laten spelen het daartegen aflegt. Daarbij kan meewegen of de zorgaanbieder in een afhankelijke positie verkeert en dus feitelijke contractdwang ervaart, omdat voor hem een contract met een bepaalde verzekeraar noodzakelijk is om zijn praktijk levensvatbaar te houden. De positie die de zorgverzekeraar in het zorgverzekeringsstelsel heeft, brengt bepaalde verantwoordelijkheden met zich mee, jegens verzekerden, maar ook jegens zorgaanbieders.⁹⁵ Dit kan onder uitzonderlijke omstandigheden uitmonden in indirecte contractdwang. Een situatie waarin ik indirecte contractdwang bijvoorbeeld ook voorstelbaar en proportioneel acht, is bij schaarste van het zorgaanbod, zoals nu bijvoorbeeld het geval is in delen van de ggz. Indien de zorgverzekeraar niet voldoende zorg inkoopt om aan de aanspraken van de verzekerden te voldoen, dan is niet uitgesloten dat geoordeeld wordt dat de verzekeraar moet contracteren met specifieke zorgaanbieders.⁹⁶

95. Zie in deze zin ook Ten Oever 2023, in het bijzonder par. 9.4.2.

96. Op grond van art. 11 Zvw is de zorgverzekeraar verantwoordelijk voor de beschikbaarheid van voldoende zorg voor de bij haar verzekerde personen en daartoe zal de verzekeraar moeten contracteren met (voldoende) zorgaanbieders. Een zorgaanbieder kan wellicht o.g.v. HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, NJ 2016/474, m.nt. J. Lege maate en H.B. Krans (VGZ c.s./Nutricia c.s.) een contract met de zorgverzekeraar afdwingen. In deze zaak werd een verbod op uitvoering van een bepaald beleid wegens strijd met art. 11 Zvw uitgesproken. Met Ten Oever 2023, p. 192, 196-198, neem ik aan, dat een gebod gebaseerd op art. 11 Zvw dan ook tot de mogelijkheden behoort en dat naleving van het verbod of gebod als consequentie kan hebben dat de zorgverzekeraar met de zorgaanbieder dient te contracteren. Een contracteerplicht voor een zorgverzekeraar jegens een zorgaanbieder gebaseerd op art. 11 Zvw lijkt dus mogelijk op grond van de civielrechtelijke jurisprudentie. Anders: de NZa, volgens wie de verplichtingen ex art. 11 Zvw niet gelden in de relatie tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder. NZa besluit 31 juli 2014, kenmerk 92975/130160 (*Pro Juventus/Achmea*) en NZa beslissing op bezwaar 1 februari 2015, kenmerk 95893-162936 (*Pro Juventus/Achmea*).

4.4.3 Indirecte contractdwang geneeskundige behandelingsovereenkomst

In het voorgaande werd gesproken over de indirecte contractdwang in de verhouding tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders. In de relatie tussen de zorgaanbieder en de verzekerde patiënt, bij het aangaan van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, kan ook indirecte contractdwang voorkomen. Zo heeft een hulpverlener in beginsel een behandelplicht en zal in dat kader doorgaans een geneeskundige behandelingsovereenkomst worden aangegaan.⁹⁷

Een voorbeeld van indirecte contractdwang op grond van de verplichting van de hulpverlener vormt de toewijzing van een vordering van een dialysepatiënt tot het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst met een ziekenhuis. Een ander ziekenhuis had de behandelingsovereenkomst met de patiënt opgezegd. Opzegging van een behandelingsovereenkomst kan alleen plaatsvinden wegens gewichtige redenen. Die werden aanwezig geacht in dit geval waarin de patiënt zich bij voortduring agressief gedroeg jegens het personeel en de andere patiënten.⁹⁸ Vervolgens eist de patiënt in kort geding een behandelingsovereenkomst met een ander ziekenhuis, welke vordering wordt toegewezen.⁹⁹ Volgens de rechtbank wordt de contractvrijheid van het ziekenhuis ingeperkt door een noodtoestand. Niet regelmatig dialyseren kan uiteindelijk tot de dood leiden. Het ziekenhuis heeft nog geen ervaring met de patiënt en kan onvoldoende specifieke redenen aanvoeren waarom het geen behandelingsovereenkomst wil aangaan. Hieruit valt af te leiden dat het feit dat een andere zorgverlener de overeenkomst heeft beëindigd, zelfs nu dat vanwege agressief gedrag is, op zichzelf geen reden is om de behandelingsovereenkomst te weigeren. Daarbij speelt natuurlijk een rol dat er geen alternatief bestaat voor dialyse voor de patiënt en dat dit uiteindelijk letterlijk een zaak van leven en dood betreft.

Rechtvaardiging

De rechtvaardiging voor het opleggen van een contracteerplicht aan een behandelaar is dat de medische zorg voor de patiënt noodzakelijk is. Medi-

97. Dit is overigens niet geregeld in titel 7.7.5 BW. Het is wel in lijn met de wel geregelde beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Art. 7:460 BW neemt als uitgangspunt dat de hulpverlener de behandelingsovereenkomst niet kan opzeggen. Een uitzondering geldt indien er gewichtige redenen zijn. Zie over de nadere invulling van deze bepaling KNMG-richtlijn 'niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', 2021, par. 3. Zie over de behandelplicht Wijne 2021, par. 8.1.

98. Rb. Den Haag 5 december 2001, TvGR 2002/31.

99. Rb. Den Haag 19 december 2001, TvGR 2002/32, m.nt. J. Legemaate.

sche zorg kan worden beschouwd als eerste levensbehoefte, zeker in noodsituaties en het recht op zorg is een fundamenteel recht (art. 22 Gw).¹⁰⁰

Argumenten tegen contracteerplicht

Een hulpverlener mag in sommige gevallen wel weigeren om de behandelingsovereenkomst te sluiten, bijvoorbeeld indien een vertrouwensband ontbreekt (mogelijk in verband met eerder agressief gedrag van de patiënt) of indien de arts niet geschikt of in staat is om aan de specifieke hulpvraag te voldoen.¹⁰¹ Ook kan het aangaan van de behandelingsovereenkomst worden geweigerd als de arts een aanzienlijk belang heeft, meestal organisatorisch, om de overeenkomst niet aan te gaan. Bij dat laatste kan onder andere worden gedacht aan capaciteitsproblemen (de praktijk is ‘vol’).¹⁰² Recent is onder dit aanzienlijk belang in een aantal tuchtrechtzaken ook het beleid om in instellingen of huisartsenpraktijken verplicht een mondkapje te dragen als bescherming tegen het coronavirus geschaard. Een ziekenhuis mocht bijvoorbeeld een patiënt met een hoofdwond die geen mondkapje wilde dragen weigeren toe te laten tot het ziekenhuis, waarbij wel was beoordeeld of er geen sprake was van een acute noodsituatie en de patiënt er tevens op was gewezen dat hij bij een verslechtering van de toestand terug kon komen.¹⁰³ De arts dient namelijk, ook indien hij op zichzelf een gegronde reden heeft om geen behandelingsovereenkomst aan te gaan, wel de noodzakelijke hulp aan de patiënt te verlenen. Het gaat dan om noodhulp, dat wil zeggen een behandeling die medisch noodzakelijk is en waarvoor de patiënt redelijkerwijs niet tijdig bij een andere arts terecht kan.¹⁰⁴

Proportionaliteit

Het doel van de contractdwang die op hulpverleners rust, is te zorgen dat eenieder noodzakelijke medische hulp krijgt. In de hulpverleningsplicht ligt al een zekere mate van contractdwang besloten, in die zin dat in begin-

100. Wijne 2021, par. 8.1.

101. Wijne 2021, par. 5.1.1.

102. Zie over capaciteitsproblemen en in hoeverre die een weigeringsgrond voor de hulpverlener kunnen opleveren nader Sijmons 2022, p. 388-399. Capaciteitsproblemen kunnen er zijn in financiële zin (ontoereikend budget), maar ook in de zin van beschikbaar personeel en middelen. Dit laatste speelde tijdens de coronacrisis in de ziekenhuizen acuut een rol, maar in reguliere tijden resulteert dit in wachtlijsten. Zie over de vraag of een patiënt *de zorgverzekeraar* kan aanspreken omdat er onvoldoende zorg beschikbaar is (art. 11 Zvw): Van der Mersch & Rijken 2022, p. 400-412 en par. 4.4.2 hiervoor.

103. RTG Den Haag 2 maart 2022, TvGR (47) 2023, afl. 1, p. 81-89. In de noot wijst A. de Jong op andere tuchtuitspraken inzake de weigering een mondkapje te dragen met een vergelijkbare uitkomst. Een uitzondering is mogelijk indien er een medische reden zou zijn voor het niet dragen van een mondkapje.

104. KNMG-richtlijn ‘niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst’, 2021, par. 2.2.

sel in een concreet geval een geneeskundige behandelingsovereenkomst dient te worden aangegaan. Weigering wordt, onder meer in de knmg-richtlijn, als uitzondering geformuleerd. Bij indirecte contractdwang bestaat het beeld van een uitzonderlijk geval, dat wil zeggen dat alleen in een bijzondere, individuele, situatie een dergelijke contracteerplicht kan worden opgelegd. Dat beeld lijkt dus niet te corresponderen met de situatie die bestaat bij het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. De contractdwang is niet absoluut: er zijn geaccepteerde weigeringsgronden. De contractdwang die aan de hulpverlener kan worden opgelegd, in het geval dat deze zich op een op zichzelf gerechtvaardigde weigeringsgrond beroept (vgl. bovengenoemde casus van de agressieve dialysepatiënt), ziet terecht alleen op medisch dringend noodzakelijke zorg die niet elders kan worden verkregen. In die zin is deze contractdwang mijns inziens proportioneel te noemen, aangezien zij dus niet verder reikt dan noodzakelijk in verband met de gezondheidstoestand van de patiënt. De overeenkomst met de betreffende arts of het betreffende ziekenhuis is noodzakelijk om die zorg te verkrijgen.

4.5 Indirecte contractdwang in het onderwijs: acceptatieplicht onderwijsinstelling

Contractdwang kan rusten op door de overheid bekostigde onderwijsinstellingen, met name in het openbaar onderwijs.¹⁰⁵ Zij dienen in beginsel een leerling of student die aan de toelatingsvoorwaarden voldoet, te accepteren. Openbare onderwijsinstellingen zijn voor eenieder toegankelijk, ongeacht godsdienst of levensovertuiging.¹⁰⁶ In combinatie met de verplichting van de overheid om in elke gemeente voldoende openbaar onderwijs aan te bieden,¹⁰⁷ kan gesproken worden van het in beginsel bestaan van een acceptatieplicht voor openbare scholen.¹⁰⁸ Voor bijzonder onderwijs geldt de acceptatieplicht niet in deze mate: bijzondere scholen kunnen leerlingen weigeren op grond van hun vrijheid van richting, dat wil zeggen een bepaalde religieuze of levensbeschouwelijke grondslag. Met betrekking tot bijzonder onderwijs wordt meer nadruk gelegd op de selectievrijheid. Bij beide vormen van onderwijs kan evenwel sprake zijn van contractdwang. Hierbij past de kanttekening dat het met name bij openbaar onderwijs geen uitgemaakte zaak is of sprake is van een (privaatrechtelijke)

105. Voor niet-bekostigd, particulier onderwijs, denk aan het volgen van cursussen e.d., geldt in beginsel geen acceptatieplicht. Ik laat die vorm van onderwijs hier verder buiten beschouwing.

106. Art. 23 lid 3 Gw.

107. Art. 23 lid 4 Gw. De verplichting om 'algemeen vormend lager onderwijs' aan te bieden ziet naar huidige opvattingen op primair en voortgezet onderwijs, zie Zoontjens 2023, p. 20.

108. Voskamp 2018, p. 34, 36-37.

overeenkomst. Door sommige auteurs worden vraagtekens gesteld bij een dergelijke kwalificatie, waar verschillende argumenten voor worden aangevoerd. Het voert te ver om in dit preadvies diep op deze discussie in te gaan,¹⁰⁹ maar naast het gegeven dat er uitgebreide onderwijswetgeving bestaat, die de inhoud van de verhouding sterk publiekrechtelijk normeert,¹¹⁰ is het bestaan van wederzijdse contractdwang een belangrijk argument dat tegen kwalificatie van de rechtsverhouding als privaatrechtelijke overeenkomst wordt aangevoerd. Niet alleen de onderwijsinstelling, maar ook de (minderjarige) leerling ondervindt contractdwang op grond van de Leerplichtwet, zoals we eerder zagen (zie par. 3.3). De gedachte is dan, mijns inziens overigens ten onrechte, dat de benodigde wilsovereenstemming bij contractdwang niet aanwezig is en er daarom geen sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst.¹¹¹

In civiele rechtspraak is de rechtsverhouding in het bekostigd onderwijs tussen de onderwijsinstelling en de leerling of student wel als een (onderwijs)overeenkomst gekwalificeerd,¹¹² al moet daarbij worden aangetekend dat de rechtsverhouding lang niet altijd specifiek wordt benoemd. Ervan uitgaande dat de rechtsverhouding tussen een onderwijsinstelling en een leerling of student, ook in het openbaar onderwijs, een overeenkomst is, kan de acceptatieplicht van de onderwijsinstelling als een vorm van contractdwang worden gezien.

Rechtvaardiging

De rechtvaardiging voor de contractdwang die onderwijsinstellingen kunnen ondervinden is gelegen in het recht op onderwijs, dat zich onder meer vertaalt in een recht op toegang tot onderwijs.¹¹³ En waar op grond van de leerplicht een verplichting bestaat om de leerling in te schrijven, moet die mogelijkheid ook bestaan.

Voor het openbaar onderwijs komt daarbij dat sprake is van een basisvoorziening op levensbeschouwelijk neutrale grondslag, die algemeen beschikbaar en toegankelijk moet zijn. In dit verband wordt gesproken van de

109. Zie voor een beknopte weergave van de discussie in de literatuur Voskamp 2018, p. 8-17 en Noorlander 2005, p. 241-245. De meeste auteurs aanvaarden overigens het bestaan van een onderwijsovereenkomst tussen de school en de leerling of de ouders, in ieder geval waar het bijzonder onderwijs betreft.

110. Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 110-111.

111. Zie par. 1.2.

112. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:502; ook wordt de rechtsverhouding in het midden gelaten, een enkele keer wordt het bestaan van een overeenkomst ontkend, zie Zoontjens 2023, p. 406-415 en Voskamp 2018, p. 5-8, met nadere verwijzingen.

113. Zie met name art. 2, eerste protocol, EVRM, waarover nader Zoontjens 2023, p. 88-115.

waarborgfunctie van het openbaar onderwijs.¹¹⁴ Iedere leerling moet daar toegang tot hebben, ongeacht levensbeschouwing of godsdienst, dus ook het gelijkheidsbeginsel speelt een rol.¹¹⁵

Uitzonderingen op de acceptatieplicht

De reikwijdte van de acceptatieplicht van de onderwijsinstelling verschilt naar gelang het openbaar of bijzonder onderwijs betreft. Over het verschil tussen openbaar en bijzonder onderwijs is veel te schrijven, maar ik volsta hier met een korte schets. Het openbaar onderwijs wordt door de overheid geregeld, is neutraal en in beginsel voor eenieder toegankelijk. Het bijzonder onderwijs valt wel onder overheidswetgeving, maar is geen onderwijs vanwege de overheid. Het gaat om onderwijs op een bepaalde religieuze of levensbeschouwelijke grondslag, en is dus juist geen neutraal onderwijs. Op grond van die grondslag kunnen eisen gesteld worden aan de toegang van leerlingen.¹¹⁶ In algemene zin kan dan ook gesteld worden dat een onderwijsinstelling in het bijzonder onderwijs meer ruimte toekomt om een leerling te weigeren, dan een instelling in het openbaar onderwijs.

Voor zowel openbare als bijzondere onderwijsinstellingen geldt dat de leerling aan bepaalde, wettelijk omschreven, voorwaarden moet voldoen. Een school mag een leerling die niet aan de voorwaarden voldoet, niet toelaten. In die zin kan wellicht ook wel van een weigeringsplicht worden gesproken, maar het gaat naar mijn mening eerder om voorwaarden bij de bestaande acceptatieplicht. Die voorwaarden hebben bijvoorbeeld betrekking op de leeftijd van het kind (4 jaar voor toegang tot het basisonderwijs) of het niveau van het kind om door te kunnen stromen naar een bepaalde vorm van voortgezet onderwijs (op basis van het schooladvies van de basisschool), of het hebben van de juiste vooropleiding, bij het mbo, het hbo en de universiteit.¹¹⁷ Het recht op toegang tot onderwijs betekent dus niet dat een leerling of student recht heeft op toelating tot een bepaalde onderwijsinstelling.

114. Voskamp 2018, p. 39-40 ziet de rechtvaardiging van het beperken van de mogelijkheid tot het weigeren van leerlingen in de waarborgfunctie die uitgaat van de algemene toegankelijkheid en beschikbaarheid van openbare scholen.

115. Zie in deze zin Noorlander 2005, p. 251.

116. Voskamp 2018, p. 24-25; Huisman 2020, p. 25-28; Zoontjens 2023, p. 19-22, 44-46.

117. Zie voor toelatingsvoorwaarden de verschillende onderwijswetten, zoals art. 39-40 Wpo, art. 8.4-8.6 WVO 2020, art. 39-40 Wec, hfdst. 8 Web, art. 7.37 Whw. In het openbaar onderwijs is een beslissing over toelating, schorsing of verwijdering een besluit in de zin van de Awb met bijbehorende bestuurlijke rechtsgang. In het bijzonder onderwijs geldt een dergelijke beslissing als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Zie nader Zoontjens 2023, p. 576-597.

Ook indien de leerling of student voldoet aan de wettelijke eisen voor toelating, kan de onderwijsinstelling toelating in bepaalde gevallen toch weigeren. Weigeringsgronden vormen bijvoorbeeld het niet onderschrijven van de richting van de onderwijsinstelling, gebrek aan capaciteit, het feit dat een leerling de veiligheid van andere leerlingen in gevaar brengt of het niet kunnen bieden van de vereiste zorg aan de leerling. Ik ga kort op elk van deze weigeringsgronden in.

De mogelijkheid om een leerling te weigeren op grond van de vrijheid van richting hangt samen met de wijze waarop ons onderwijsstelsel is vormgegeven. De richting betreft de religieuze of levensbeschouwelijke grondslag.¹¹⁸ Deze weigeringsgrond geldt alleen voor bijzondere scholen.¹¹⁹ Een openbare school mag leerlingen niet weigeren op grond van religie of levensbeschouwing, daar zij toegankelijk is zonder onderscheid naar godsdienst of levensovertuiging.¹²⁰ Het door een bijzondere school weigeren van een leerling met een beroep op de vrijheid van richting dient wel te passen in een consistent toegangsbeleid dat gericht is op de handhaving van de identiteit.¹²¹ De bijzondere school mag van de ouders eisen dat zij de richting van de school *onderschrijven*. Onderschrijven houdt in dat zij de religieuze en of levensbeschouwelijke opvattingen van de school aanhangen en de leefregels die hiermee gepaard gaan, navolgen. De meeste bijzondere scholen vragen overigens alleen om de richting te *respecteren* en voeren dus geen toelatingsbeleid waarbij wordt geëist dat de grondslag ook wordt onderschreven.¹²² Voor het hoger onderwijs geldt dat het bestuur van een

118. Zootjens 2023, p. 28 en p. 51-54; HR 21 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0151, NJ 1988/891 (*Maimonides*).

119. Zie ook art. 7 lid 2 AWGB: een instelling van *bijzonder* onderwijs mag bij toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs, onderscheid maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of geslacht, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van het onderwijs een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Voor wat betreft het onderscheid naar geslacht worden nadere voorwaarden gesteld.

120. Art. 23 lid 3 Gw: openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging, bij wet geregeld en is dus onderwijs voor iedereen. Zie de uitwerking in art. 46 lid 2 Wpo: openbare scholen zijn toegankelijk voor alle kinderen zonder onderscheid van godsdienst of levensbeschouwing, zo ook art. 8.2 WVO 2020 en art. 1.3.7 Web.

121. *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 10, p. 22. Zie Hof Amsterdam 25 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB0057 (*Hoornbeeck*), waar werd aangenomen dat de betreffende bijzondere school geen consistent toelatingsbeleid voerde. Een leerling die aanvankelijk was geweigerd vanwege het volgens de school te ver uiteenlopen van opvattingen van leerling en ouders en die van het bestuur van de school over een aantal onderwerpen met betrekking tot de religieuze identiteit van de school, moest worden toegelaten.

122. Zootjens 2023, p. 46. Het is bovendien de vraag hoe met het selectiebeleid op grond van richting moet worden omgegaan, nu sinds invoering van de Wet meer ruimte voor nieuwe scholen (*Stb.* 2020, 160) de mogelijkheid bestaat om bekostiging te krijgen voor een bijzondere school, ook als de grondslag van die school niet een religieuze of levensbeschouwelijke is, maar een pedagogische of andersoortige grondslag. Zie nader Zootjens 2023, p. 51-54.

bijzondere hogeschool of universiteit een student niet de toegang mag weigeren, vanwege het feit dat de student een andere gezindheid heeft dan die waar de instelling voor staat. Wel mag die toegang worden geweigerd indien de student de grondslag en de doelstellingen van de instelling niet respecteert of als er gegronde vrees bestaat dat de student van die inschrijving en de daaraan verbonden rechten misbruik zal maken door in ernstige mate afbreuk te doen aan de eigen aard van de instelling of dergelijk misbruik al is gebleken.¹²³

Een onderwijsinstelling kan een leerling of student in sommige gevallen ook weigeren vanwege onvoldoende capaciteit. Deze bevoegdheid is gebaseerd op de algemene toelatingsbevoegdheid van onderwijsinstellingen die in verschillende onderwijswetten is opgenomen.¹²⁴ Bij capaciteitsbegrenzings valt bijvoorbeeld te denken aan de maximale groeps grootte in een klas. Het voeren van een capaciteitsbeleid om te komen tot een meer gemengde populatie van scholen, kan leiden tot strijd met de gelijke behandelingswetgeving en vindt dan daar zijn grens.¹²⁵ Het recht op toegang bij universiteiten en hogescholen kan worden beperkt door een numerus fixus. Dit kan zijn een door het instellingsbestuur ingestelde fixus vanwege onvoldoende capaciteit of een door de minister ingestelde arbeidsmarktfixus (zoals geldt voor de studie geneeskunde).¹²⁶

Een school kan een leerling ook weigeren, indien die leerling extra ondersteuning behoeft en de school die niet kan bieden.¹²⁷ Dat ontslaat de school echter niet van de zorgplicht een passende plek te vinden. Sinds de inwerkingtreding van de Wet passend onderwijs¹²⁸ op 1 augustus 2014, geldt namelijk dat het bevoegd gezag van een school een zorgplicht heeft om een leerling die bij zijn school is aangemeld en die extra ondersteuning nodig heeft, te plaatsen. De school dient, indien zij zelf niet in passend onderwijs kan voorzien, een plaats op een andere school te vinden. Zonder

123. Art. 7.37 lid 5 Whw.

124. Deze bevoegdheid is in de jurisprudentie aangenomen, gebaseerd op het algemene toelatingsbeleid dat aan onderwijsinstellingen toekomt op grond van onderwijswetgeving, zoals art. 40 Wpo, dat in lid 1 onder meer bepaalt dat de beslissing over toelating en verwijdering van leerlingen berust bij het bevoegd gezag. Zie nader Zoontjens 2023, p. 434-440.

125. Zoontjens 2023, onder verwijzing naar meerdere zaken waar direct of indirect onderscheid naar ras werd aangenomen (art. 7 lid 1 onder b en c AWGB), p. 436-440. Hij geeft onder meer het voorbeeld van een christelijke school die als beleid hanteerde dat de school voor niet meer dan 25% uit allochtone leerlingen mocht bestaan, omdat zij vond dat de schoolpopulatie een afspiegeling van de populatie in de wijk moest zijn. Dit leverde verboden onderscheid naar ras op.

126. Zie art. 7.53-7.57 Whw.

127. Leerlingen die extra ondersteuning behoeven zijn volgens de onderwijswetgeving kinderen met stoornissen of handicaps of met beperkingen in de onderwijsparticipatie. Zie art. 40 lid 3 Wpo, art. 8.9 WVO 2020 en art. 40 lid 4 Wec.

128. *Stb.* 2012, 533.

meer weigeren een leerling toe te laten, is dus niet mogelijk.¹²⁹ In de praktijk blijkt toch geregeld voor te komen dat leerlingen geen passend onderwijs krijgen en thuis komen te zitten. Dit is een van de redenen dat er een initiatiefwetsvoorstel is ingediend om te komen tot het wettelijk verankeren van het leerrecht, waarmee wordt bedoeld het recht van het kind op onderwijs dat gericht is op een zo volledig mogelijke ontplooiing van diens persoonlijkheid, talenten en geestelijke en lichamelijke vermogens. Om dit leerrecht te effectueren is het voorstel om onder meer een toelatingsrecht met alle bestaande uitzonderingsgronden in de onderwijswetten te formuleren. De huidige uitzonderingsgronden zouden voor ouders onduidelijk zijn, waardoor scholen nu volgens de initiatiefnemer van het wetsvoorstel te veel ruimte krijgen om te weigeren.¹³⁰

Proportionaliteit

Het doel van de acceptatieplicht is er voor te zorgen dat toegang tot een onderwijsinstelling kan worden verkregen. Met name in het primair en voortgezet onderwijs dienen (leerplichtige) leerlingen op beperkte afstand van hun woonplaats onderwijs te kunnen volgen. Dat is als een legitiem doel te beschouwen. Daarbij past niet een ruime mogelijkheid van scholen om leerlingen te weigeren, maar juist in beginsel een acceptatieplicht. Een bekostigde onderwijsinstelling zal in beginsel een leerling of student die aan de toelatingsvoorwaarden voldoet, accepteren. Weigeren zijn toegestaan, maar daar worden wel voorwaarden bij gesteld. Ik denk dat eerder van een acceptatieplicht met uitzonderingen (voor het bijzonder onderwijs meer uitzonderingen dan voor het openbaar onderwijs) kan worden gesproken, dan van een ‘vrij’ toelatingsbeleid. In die zin is er sprake van (indirecte) contractdwang als uitgangspunt en niet als uitzondering in een enkel individueel geval. Ik wijs hier ook op de wetgeving inzake passend onderwijs, waardoor scholen een zorgplicht hebben om kinderen met een zorgbehoefte toe te laten, dan wel te zorgen dat zij elders terecht kunnen. De inbreuk op de vrijheid van de school is op dat vlak betrekkelijk vergaand, maar wel wettelijk gelegitimeerd. Dat geldt ook voor de inbreuk op de selectievrijheid van bijzondere scholen, in die gevallen dat zij leerlingen niet mogen weigeren op grond van godsdienst of levensbeschouwing, omdat binnen een redelijke afstand van de woning van de leerling geen mogelijkheid bestaat om openbaar onderwijs te volgen.¹³¹

129. Zie voor de wettelijke regeling en de beperkte uitzonderingen daarop respectievelijk art. 40 lid 4 en lid 5 Wpo, art. 8.9 WVO 2020, art. 40 lid 5 en 6 Wec.

130. MvT bij initiatiefwetsvoorstel Van Meenen, *Kamerstukken II* 2022/23, 36257, nr. 3, p. 7-9, 12-13. Overigens acht de RvS onder andere de formulering van het toelatingsrecht in het wetsvoorstel te vergaand. De RvS adviseert (ook om andere redenen) om het wetsvoorstel in de huidige vorm niet in behandeling te nemen. RvS 12 juni 2023, W05.22.00183/I. Zie over het leerrecht en het wetsvoorstel ook Zoontjens 2023, p. 185.

131. Art. 58 Wpo en art. 8.3 WVO 2020.

In beginsel is dit een uitzonderlijke situatie, nu de overheid moet zorgen voor voldoende openbaar onderwijs, maar het belang van een leerling om onderwijs te kunnen volgen gaat in een dergelijk geval dus in ieder geval boven de vrijheid van richting van een bijzondere school.¹³²

De overeenkomst met een onderwijsinstelling is noodzakelijk om te zorgen dat daadwerkelijk onderwijs kan worden gevolgd. Voor leerplichtige leerlingen is inschrijving op een school dan ook verplicht gesteld. De acceptatieplicht van scholen hangt hier logischerwijze mee samen: de wederzijdse contractdwang moet bewerkstelligen dat het recht op onderwijs kan worden geëffectueerd. Wederzijdse contractdwang vormt weliswaar een vergaande beperking op de contractvrijheid, maar gezien het legitieme doel en de beschreven uitzonderingsmogelijkheden acht ik haar niet disproportioneel.

4.6 Indirecte contractdwang in de financiële sector

4.6.1 Inleiding

Directe contractdwang bestaat voor banken die betaalrekeningen aan consumenten aanbieden met betrekking tot de basisbetaaldienst, waarover eerder paragraaf 3.4. De meeste rekeninghouders zullen evenwel een reguliere betaalrekening aanhouden en niet een basisbetaalrekening. De basisbetaalrekening is een minimumvoorziening en staat alleen ter beschikking aan consumenten. Met betrekking tot niet-consumenten bestaat geen directe contractdwang, maar is wel indirecte contractdwang, gebaseerd op de zorgplicht van de bank, mogelijk. Dit is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest *Yin Yang*,¹³³ maar eerder waren er al aanwijzingen in de lagere rechtspraak dat een dergelijke vorm van contractdwang kon worden aanvaard. De vraag welke vrijheid banken hebben om het openen van een betaalrekening te weigeren of een reeds bestaande rekening op te heffen, rees de afgelopen decennia bij tijd en wijle en op meerdere fronten.¹³⁴

132. De discussie over (de inperking van) de vrijheid van onderwijs, art. 23 lid 2 Gw, wordt overigens steeds gevoerd. Zie het advies van de Onderwijsraad, *Grenzen stellen, ruimte laten. Art 23 Grondwet in het licht van de democratische rechtsstaat*, 2021.

133. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352. Zie over het arrest *Yin Yang* nader het preadvies van Busch, par. 4.3. Ik beperk mij tot een bespreking van die aspecten die van belang zijn voor de rechtvaardiging van deze vorm van indirecte contractdwang.

134. Zie hierover Houben 2020, p. 293, met nadere verwijzingen. Zie over indirecte contractdwang vanwege het verbod op het maken van ongeoorloofd onderscheid door banken enkele voorbeelden in par. 4.2 en in het preadvies van Busch par. 7.7.2.

4.6.2 Indirecte contractdwang gebaseerd op zorgplicht bank

De Hoge Raad bevestigt in het arrest *Yin Yang* het oordeel van het hof dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie ook ten aanzien van niet-consumenten de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden.¹³⁵ Voor consumenten bestaat die verplichting op grond van de wet, artikel 4:71f Wft, zoals eerder besproken.

De grondslag van de verplichting van de bank om een overeenkomst met betrekking tot een betaalrekening te sluiten is de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Het gaat in dit geval om de zorgvuldigheid die de bank jegens derden in acht moet nemen, omdat ING de bestaande overeenkomsten met *Yin Yang* c.s. reeds rechtsgeldig had opgezegd. In eerdere gevallen waarin de (bijzondere) zorgplicht van een bank jegens derden aan de orde was, ging het vooral om het, vanuit de maatschappelijke positie van de bank, beschermen van de derde tegen een gebrek aan kunde en inzicht of tegen eigen lichtzinnigheid. In het geval dat aan de orde was in de zaak *Yin Yang* gaat het echter niet om bescherming van een dergelijk belang, maar om bescherming van het belang van degene die toegang tot een betaalrekening nodig heeft.

Het hof heeft bij zijn oordeel volgens 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 contractdwang is dus ingegeven door het noodzakelijke karakter van de dienst die de bank levert. Daarbij is van belang dat er geen andere bank bereid bleek een overeenkomst aan te gaan.

Ook een mogelijke weigeringsgrond komt aan de orde. In deze casus betrof dat het belang van de bank om cliënten te weigeren vanwege toezichtrechtelijke eisen of integriteitsrisico's. Volgens de Hoge Raad heeft het hof het belang van de bank in dit opzicht onderzocht en afgewogen tegen het belang van *Yin Yang* en is het tot de conclusie gekomen dat tussen deze belangen onevenredigheid bestaat en dat het belang van ING in de omstandigheden van dit geval niet in de weg staat aan een verplichting tot het aanbieden van een betaalrekening. Dat oordeel is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

Rechtvaardiging

De rechtvaardiging van de contractdwang die hier, in een concreet geval, wordt opgelegd, is de noodzaak van de toegang tot een betaalrekening. Die toegang is nodig om aan het economisch en maatschappelijk verkeer te kunnen deelnemen. Dit is aanvaard voor consumenten en heeft geleid tot

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

wettelijke contractdwang van Europese origine, maar dezelfde rechtvaardiging geldt dus voor niet-consumenten.¹³⁶

Het verschil met de wettelijke contractdwang inzake de basisbetaalrekening is, en daar wijst ook A-G Hartlief op, dat wettelijke contractdwang doorgaans ook een wettelijke rechtvaardiging kent. Zo ook hier: in de toelichting op artikel 4:71f Wft en op de Betaalrekeningrichtlijn staat bovengenoemde rechtvaardiging (noodzaak van toegang tot een betaalrekening) helder verwoord. De wetgever maakt de afweging dat met betrekking tot consumenten een belang bestaat dat dusdanig zwaarwegend is, dat de contractvrijheid van de bank er voor moet wijken. Die generieke belangenafweging is door de wetgever (nog) niet gemaakt waar het gaat om niet-consumenten.

Argumenten tegen contracteerplicht

Het uitvoeren van de ‘toezichthouderstaak’ kan een gerechtvaardigde weigering om te contracteren opleveren. Sterker nog: als de bank geen toereikend klantonderzoek kan doen, of de uitkomst van dat onderzoek negatief is, moet de bank zelfs weigeren te contracteren.¹³⁷ Hier is dus niet louter de contractvrijheid van de bank in het geding, maar gaat het ook om het moeten vervullen van een wettelijke taak in het algemeen belang. DNB geeft overigens in een rapport aan dat de Wwft in de praktijk slechts in beperkte mate reden is om nieuwe klanten te weigeren. Het gaat vaker om andere redenen, zoals betrokkenheid bij fraude, het niet (meer) passen in het commerciële beleid van de bank of het betreft milieugerelateerde of maatschappelijke factoren, zoals risico’s op ernstige milieuschade of mensenrechtenschendingen.¹³⁸

Een ander argument tegen het opleggen van een contracteerplicht aan een bank is dat de aspirant-cliënt terecht kan bij een andere bank. Het belang van de aspirant-cliënt is gelegen in de noodzaak van toegang tot het bancaire betalingsverkeer. Is er een andere bank waar de aspirant-cliënt een rekening heeft, of kan krijgen, dan valt de noodzaak om bij deze bank een betaalrekening te kunnen openen weg. Het feit dat een andere bank minder gunstige voorwaarden hanteert, is dan ook niet relevant, afgewogen tegen het ook zwaarwegende belang van de contractvrijheid van de bank. Dat zou mijns inziens anders worden als die voorwaarden dusdanig ongunstig zijn, dat feitelijk niet meer van een te aanvaarden aanbod kan worden gesproken. Dat mag echter niet te snel worden aangenomen.

Een curieuze consequentie van de aanvaarding van dit argument is overigens dat de eventuele verplichting van de bank afhankelijk is van gedrag van andere banken in combinatie met de wens van de aspirant-cliënt om

136. Art. 4:71f Wft, Richtlijn 2014/92/EU (Betaalrekeningrichtlijn).

137. Art. 5 lid 1 Wwft. Vgl. voor de basisbetaalrekening voor consumenten art. 4:71 g lid 1 Wft. Zie over weigeringsplichten op deze grond nader het preadvies van Busch, par. 3.2.

138. dnb.media/2ambmvxt/van-herstel-naar-balans.pdf, p. 16.

met een bepaalde bank te contracteren. De aspirant-cliënt bepaalt tot wie hij zich richt met zijn verzoek om een betaalrekening te openen. Als deze bank weigert en alle andere banken waartoe de aspirant-cliënt zich vervolgens wendt ook, en de aspirant-cliënt keert terug naar de bank van zijn eerste keuze, dan is deze bank in niet-juridisch jargon 'de sigaar', terwijl de andere banken de dans ontspringen. De aspirant-cliënt heeft dus in de hand wie uiteindelijk met hem moet contracteren. Dat zal vaak de bank zijn waarmee de cliënt bekend is.¹³⁹

Het feit dat een eerdere relatie met de bank rechtsgeldig is opgezegd, vormt op zichzelf niet een geldige weigeringsgrond voor het nieuwe verzoek, zo valt uit het arrest *Yin Yang* af te leiden. ING had de overeenkomst met betrekking tot de betaalrekening en de overeenkomst met betrekking tot het afstorten van cash geld rechtsgeldig opgezegd. De reden daarvoor was de op dat moment geldende verdenking van witwassen en eventuele andere strafbare feiten, de negatieve aandacht in de pers en verlies aan vertrouwen in de cliënt door de bank. Op het moment dat het aangaan van een overeenkomst met betrekking tot een betaalrekening werd gevorderd, was de situatie gewijzigd in die zin dat het strafrechtelijk onderzoek geen aanwijzingen voor witwassen had opgeleverd. Een belangrijke grond voor opzegging van de overeenkomst met betrekking tot de betaalrekening was dus weggefallen. Dat maakt de opzegging niet ongeldig, omdat getoetst moet worden aan de omstandigheden ten tijde van de opzegging, maar kan nu niet als reden gelden om het aangaan van een nieuwe overeenkomst te weigeren.

Proportionaliteit

Het doel van de contractdwang die op banken word gelegd met betrekking tot een basale betaalrekening is te zorgen dat deze dienstverlening, die noodzakelijk is om maatschappelijk te functioneren, voor eenieder beschikbaar is. Dat is een legitiem doel te noemen. Bij de beoordeling van de proportionaliteit van de acceptatieplicht van de bank is de aard van de bancaire dienst die wordt gevraagd relevant. Het *Yin Yang*-arrest illustreert dat de ene bancaire dienst de andere niet is, en dat de contractdwang zich, naar mijn mening terecht, alleen uitstrekt tot de strikt noodzakelijke dienst; in dit geval een gewone, zakelijke, betaalrekening die niet elders kan worden verkregen. Additionele faciliteiten, zoals de mogelijkheid om cash af te storten, worden niet beschouwd als een basisdienst zonder welke geen bedrijf te exploiteren valt. Zolang er grenzen gesteld worden aan de omvang

139. Vgl. Legemaate in zijn noot bij de uitspraak inzake de contracteerplicht die aan een ziekenhuis werd opgelegd: alle ziekenhuizen in de regio weigerden, niet duidelijk is waarom de patiënt juist tegen dit ziekenhuis een procedure aanspande. De argumentatie van de rechter zou evenwel waarschijnlijk gelijkluidend zijn geweest bij een procedure tegen een van de andere ziekenhuizen in de regio, *TvGR* 2002/32.

van de dienstverlening en deze beperkt blijft tot hetgeen strikt noodzakelijk is om maatschappelijk te functioneren,¹⁴⁰ acht ik deze vorm van contractdwang proportioneel.¹⁴¹

De indirecte contractdwang met betrekking tot een basale betaalrekening is naar mijn mening een vorm van contractdwang die voor een bepaalde categorie gevallen in beginsel geldt, zij het dat overeind blijft dat ieder geval afzonderlijk wordt opgelegd. Bij indirecte contractdwang bestaat het beeld van een uitzonderlijk geval, dat wil zeggen dat alleen in een bijzondere, individuele, situatie een dergelijke contracteerplicht kan worden opgelegd. Dat beeld correspondeert volgens mij niet met de situatie die bestaat bij het aangaan van een overeenkomst met betrekking tot basale betaaldiensten. Ik denk dat het veeleer zo is dat een bank het verzoek tot het aangaan van overeenkomst inzake een betaalrekening in beginsel moet honoreren en dat de weigering uitzondering is. Dat gold mijns inziens overigens al voor het arrest *Yin Yang*. Ik ben dus niet van mening dat het in het *Yin Yang* arrest gaat om een ‘uitzonderlijk geval’, zoals A-G Hartlief betoogt.¹⁴² Ik denk dat het belang, ook voor een niet-consument, om aan het maatschappelijk en economisch verkeer deel te nemen en daartoe de beschikking te hebben over in ieder geval een basale betalingsfaciliteit bij een bank, in veel gevallen zwaarwegend zal zijn.¹⁴³ Dat wil niet zeggen dat de belangenafweging steeds in het voordeel van de klant zal uitvallen en dus tot een contracteerplicht voor de bank zal leiden,¹⁴⁴ maar uitermate uitzonderlijk lijkt het mij ook niet, zeker niet als andere banken deze dienstverlening (ook) weigeren.

Mede vanwege het feit dat het gaat om een af te bakenen dienst, zou een vorm van directe contractdwang, in de vorm van een wettelijke verplichting een basisbetaaldienst ook voor niet-consumenten aan te bieden, in de rede liggen.¹⁴⁵

140. Zie over hoe te bepalen wat een noodzakelijke dienst is par. 5.1.

141. Zie ook het preadvies van Busch, par. 4.6.

142. Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:239, randnrs. 4.25 en 4.40.

143. Vgl. C.W.M. Lieverse, in haar noot bij het arrest in *Ondernemingsrecht* 2022/21, die betwijfelt of het in de *Yin Yang*-zaak gaat om dermate bijzondere omstandigheden, dat slechts in een beperkt aantal gevallen een contracteerplicht voor de bank kan worden aangenomen.

144. Zie als illustratie Rb. Amsterdam 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5738 (*Stichting Viruswaarheid.nl*) en Rb. Midden-Nederland 13 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2877 (*X B.V./Triodos Bank N.V.*).

145. Zie daarover nader par. 6.3. Plannen in de richting van regulering zijn in de maak, zie daarover het preadvies van Busch, par. 4.4.

Hoofdstuk 5

Rechtvaardiging contractdwang

Contractdwang behoeft, vanwege de beperking die op de contractvrijheid wordt aangebracht, een rechtvaardiging, of iets neutraler geformuleerd, een ratio.

Per saldo gaat het vaak om het tegengaan van machtsonevenwicht,¹ maar dat kan nader worden uitgediept. Als ratio van de beperking van contractvrijheid wordt, zoals ook uit paragraaf 2 bleek, vaak gewezen op de bescherming van de zwakke partij of de bescherming van het algemeen belang.² De bescherming van de zwakke partij of het algemeen belang betreffen evenwel ruime categorieën, die bovendien zien op de beperking van de contractvrijheid in het algemeen, dus bijvoorbeeld ook op de beperking van de inhoudsvrijheid. Waar het betreft de rechtvaardiging voor het opleggen van contractdwang is het mogelijk de rechtvaardigingsgronden nader te specificeren. In de volgende paragrafen zet ik een aantal veel voorkomende rechtvaardigingsgronden op een rij. Ik beschouw daarbij niet ‘de rechtvaardiging per saldo’ van de contractdwang, zoals die achteraf kan worden vastgesteld, maar de rechtvaardigingsgronden die beschouwd kunnen worden als argumenten voor het opleggen van een contracteerplicht, waar ook argumenten tegen in kunnen worden gebracht. Er zijn dus vaak ook meerdere rechtvaardigingsgronden te noemen en bepaalde rechtvaardigingsgronden wegen wel mee wel in het ene geval en niet in het andere geval. Het gaat dus in het navolgende niet om een ‘vinklijstje’, maar om een inventarisatie van mogelijke rechtvaardigingsgronden zoals die door wetgever, toezichthouder en rechtspraak zijn ontwikkeld.

5.1 Noodzakelijke goederen of diensten

Prominente rechtvaardigingsgrond

Een prominente rechtvaardigingsgrond is dat contractdwang nodig is om te zorgen dat bepaalde noodzakelijk geachte goederen en diensten kunnen worden verworven. Deze rechtvaardigingsgrond ligt vrijwel steeds (mede) ten grondslag aan gevallen van directe contractdwang en ook bij gevallen van indirecte contractdwang speelt hij een belangrijke rol.

1. Houben 2005, p. 328-331.

2. Zie Loth 2009, nr. 20-22, die ook nog noemt de bescherming van derden. Dommering 1982, nr. 3, omschrijft het algemeen belang als een belang dat de gemeenschap als geheel of grote groepen daaruit raakt, of een belang dat de overheid zich heeft aange trokken.

De directe contractdwang die rust op beheerders en aanbieders in infrastructuurgebonden sectoren wordt mede gerechtvaardigd doordat het gaat om goederen en diensten met een nutsfunctie als energie, openbaar vervoer en telecommunicatie. Hierbij kan het wel gaan om een overeenkomst die een voorschakel vormt voor de uiteindelijke beschikbaarheid van de dienst of het product voor de eindafnemer. Overeenkomsten waarbij contractdwang wordt gelegd op de beheerder van de infrastructuur bij een toegangs-overeenkomst met de leverancier of dienstverlener, betreffen niet de noodzaak van de beschikbaarheid van de goed of de dienst omdat dat *voor de leverancier of dienstverlener* een eerste levensbehoefte is of noodzakelijk om maatschappelijk te functioneren. De leverancier of dienstverlener heeft evenwel mogelijk toegang tot de infrastructuur nodig om bijvoorbeeld de internetdienst of het openbaar vervoer voor de eindafnemer te verzorgen. Voor de eindafnemer is het goed of de dienst wel noodzakelijk in bovengenoemde zin. Eenzelfde mechanisme is zichtbaar bij de mogelijkheid tot het opleggen van een contracteerplicht op grond van artikel 48 lid 1 onder e Wmg, overigens een vorm van indirecte contractdwang; deze bevoegdheid van de NZa is onder meer ingegeven vanuit het belang van toegankelijke, kwalitatief goede en betaalbare zorg voor met name de consument. De noodzakelijke dienst, zorg, geldt hier als het ware ‘geschakeld’ als rechtvaardiging voor de contractdwang. De contracteerplicht wordt namelijk opgelegd bij het aangaan van de zorginkoopovereenkomst, waarbij de patiënt of verzekerde zelf geen partij is. Maar wel is in een geschakeld verband de noodzaak van toegang tot zorg relevant: als bijvoorbeeld een zorgverlener met aanmerkelijke marktmacht weigert de zorginkoopovereenkomst onder bepaalde voorwaarden te sluiten, dan kan de zorgverzekeraar zijn regisseursfunctie niet vervullen en komt daarmee uiteindelijk de toegang tot doelmatige en betaalbare zorg op het spel te staan. Het gaat dus niet om de noodzakelijkheid van de zorg in dit specifieke contract, maar om het uiteindelijke effect als dit contract niet wordt gesloten.

Ook de ministerieplicht van de notaris wordt gerechtvaardigd door het noodzakelijk zijn van bepaalde diensten van deze beroepsbeoefenaar, teneinde bepaalde rechtsgevolgen te kunnen bewerkstelligen. De acceptatieplicht van de zorgverzekeraar met betrekking tot de zorgverzekeringsovereenkomst wordt gerechtvaardigd door de noodzaak van het hebben van een zorgverzekering (en daarmee, kort gezegd, toegang tot zorg). De leerplicht zorgt ervoor dat het kind (noodzakelijk geacht) onderwijs volgt en wordt daar door gerechtvaardigd. En ook de verplichte basisbetaalrekening voor consumenten wordt gerechtvaardigd door het feit dat een betaalrekening noodzakelijk is om in de maatschappij te kunnen functioneren.

Bij indirecte contractdwang is deze rechtvaardigingsgrond ook veel voorkomend. Zo is medische zorg een noodzakelijke dienst en daarom een rechtvaardigingsgrond voor de dwang die op de hulpverlener kan rusten

om een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan en voor de contractdwang bij het aangaan van de ziektekostenverzekering. Zie ook het hiervoor al genoemde voorbeeld van de contracteerplicht die de NZa kan opleggen in het belang van toegang tot de zorg. De indirecte contractdwang die op onderwijsinstellingen rust vindt eveneens een rechtvaardiging in het feit dat onderwijs een noodzakelijke voorziening is, die bij het basis- en voortgezet onderwijs op een redelijke afstand van de woonplaats van de leerling beschikbaar moet zijn. Het kunnen beschikken over woonruimte kan ook worden beschouwd als noodzakelijk, hetgeen de contracteerplicht van een woningbouwvereniging mede rechtvaardigt. En de mogelijkheid om een veiling bij te wonen, kan als noodzakelijke dienst worden gezien voor degene die daar beroepshalve moet zijn, zoals een makelaar of handelaar.³

Welke goederen of diensten zijn noodzakelijk?

Hoe dient te worden bepaald welke goederen of diensten noodzakelijk zijn? Gedacht kan worden aan eerste levensbehoeften, maar dat is te beperkt. Naar mijn mening dient de categorie in ieder geval te worden uitgebreid tot datgene wat nodig is om normaal maatschappelijk te functioneren.⁴ Welke goederen of diensten noodzakelijk zijn om te kunnen functioneren in de maatschappij is ook afhankelijk van technische, sociale, economische ontwikkelingen: een internetverbinding was tijdens de opkomst van internet nog niet nodig om maatschappelijk te functioneren, dat is zij nu wel. De toegang tot internet is dan ook, onder andere door middel van contractdwang, gezekeerd.⁵ Dat geldt echter niet zonder meer voor de toegang tot bijvoorbeeld ICT-diensten. In toenemende mate zijn burgers, overheden en bedrijven afhankelijk van het goed functioneren van deze diensten. In allerlei sectoren bestaat inmiddels afhankelijkheid van ICT-dienstverlening, denk aan de zorg of aan de financiële sector.⁶ Die afhankelijkheid betreft, zolang er voldoende deugdelijke aanbieders zijn, wellicht eerder de kwaliteit en continuïteit van de dienstverlening, de (eenzijdig) opgelegde contractvoorwaarden en de moeilijkheid om over te stappen naar een andere leverancier, dan de beschikbaarheid van dergelijke

3. Zie par. 4.1.

4. Vgl. Busche 2021, Vorbemerkung (Vor § 145), Rn. 21, inzake de discussie in de Duitse literatuur of 'allgemeinen Kontranhierungszwang' beperkt zou moeten zijn tot 'Notbedarf' en/of 'Normalbedarf' of dat een dergelijke beperking in het geheel niet aan de orde is. Zie ook Rb. Amsterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6952, waar Duits recht van toepassing was en allerlei aspecten van unmittelbare Kontrahierungszwang de revue passerden.

5. Zie art. 9.1 Tw.

6. Zie over de zorgen die bestaan wat betreft ICT-risico's voor de financiële stabiliteit in de financiële sector (en de maatregelen die worden getroffen, waaronder — kort gezegd — de verplichting te kiezen voor een ICT-dienstverlener binnen de EU) het preadvies van Busch, par. 5.3.

dienstverlening als zodanig. Toch vormt ook leveringsweigering, bijvoorbeeld in de vorm van het weigeren bepaalde licenties aan zorgaanbieders te verlenen, een belemmering van de toegankelijkheid van dergelijke diensten.⁷ Een type dienstverlening waar velen niet zonder kunnen om hun bedrijfsprocessen in de lucht te houden, is het zonder meer. Dat geldt in meer algemene zin voor digitale dienstverlening die her en der de rol van de fysieke dienstverlening overneemt. Zo vervult de toegang tot bepaalde onlineplatforms nu soms de functie die fysieke toegang tot een veiling in het verleden vervulde en vervangt het sturen van e-mails of WhatsApp-berichten grotendeels het sturen van brieven en kaarten.⁸ Het antwoord op de vraag welke diensten of goederen noodzakelijk zijn om maatschappelijk te functioneren verandert dus en daarmee ook een eventuele noodzaak om contractdwang op te leggen om te zorgen voor de beschikbaarheid van die diensten of goederen.

Goederen of diensten die *noodzakelijk* zijn om maatschappelijk te kunnen functioneren omvatten mijns inziens niet alle goederen of diensten die een maatschappelijke functie hebben of een functie hebben voor de sociale behoeften van mensen.⁹ De toegang tot horecagelegenheden bijvoorbeeld vervult wel een zekere maatschappelijke functie,¹⁰ maar toegang tot een horecagelegenheid is normaal gesproken niet noodzakelijk om maatschappelijk te functioneren. Dat betekent niet dat contractdwang met betrekking tot toegang tot een horecagelegenheid niet kan voorkomen, maar mijns inziens zou dat dan in overwegende mate gebaseerd moeten zijn op andere gronden, bijvoorbeeld dat het eigen deurseleid of ontzeggingsbeleid niet wordt gevolgd, dat toegang voor een onevenredig lange tijd of collectief (tot een groot aantal gelegenheden) wordt geweigerd of dat de weigering discriminatoir is.

Ook bedrijven en rechtspersonen

Niet alleen natuurlijke personen in hun hoedanigheid van bijvoorbeeld consument of patiënt hebben bepaalde goederen of diensten nodig om te overleven of maatschappelijk te functioneren, ook voor bedrijven en rechtspersonen als verenigingen of stichtingen geldt dat. Vaak zal het om dezelfde goederen of diensten gaan. Een actueel en in het oog springend voorbeeld hiervan is de betaalrekening.

7. De Wit & Rooke 2023, p. 292-310; ACM, Definitieve Leidraad 'Goedwerkende markten voor zorg-ICT', Zaaknr. ACM/21/052741/ Documentnr. ACM/UIT/586302, p. 13.

8. De reden dat de universele dienstverlening voor post onder druk staat en er een wetswijziging wordt voorbereid. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35423, nr. 2 e.v.

9. Vgl. het begrip social resources, waarover Van Rooij 2017, p. 356-358 met nadere verwijzingen.

10. Zie in deze zin bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 19 februari 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AO4207.

Een vervolgvraag is waar de grens ligt van de noodzakelijke dienstverlening of levering van goederen, juist ook bij bedrijven. Wat geldt bij bedrijven als eerste levensbehoeften, of als noodzakelijk om maatschappelijk te functioneren? Om bij het voorbeeld van de betaalrekening te blijven: een betaalrekening is wel een noodzakelijke dienst, maar het kunnen afstorten van cashgeld is dat niet.¹¹ Het is mogelijk de bedrijfsvoering zo in te richten dat er niet of veel minder cash betaald wordt. Dat veel klanten dat niet zullen willen, komt voor risico van het bedrijf. Ook ten aanzien van spaarrekeningen, beleggingsrekeningen of een creditcard kan vooralsnog worden aangenomen dat de noodzaak tot toegang daartoe in het algemeen niet dusdanig is dat zij het opleggen van een contracteerplicht zou rechtvaardigen.¹²

Duidelijk is dus wel dat er een grens is, en die grens lijkt te maken te hebben met ‘in het algemeen’ noodzakelijke dienstverlening of levering van goederen. Geen enkel bedrijf kan zonder betaalrekening, de meeste bedrijven kunnen wel zonder de faciliteit om cash af te storten.

De tussenschakel

In het voorgaande werd duidelijk dat het goed of de dienst soms niet noodzakelijk is als eerste levensbehoefte of om maatschappelijk te functioneren voor de contractant, maar dat deze contractant een tussenschakel is naar de eindafnemer en dat daarvoor het goed of de dienst wel noodzakelijk is. Het gaat dan bijvoorbeeld om het verlenen van telecommunicatiediensten aan eindgebruikers, waartoe noodzakelijk kan zijn dat de dienstverlener toegang krijgt tot een netwerk. Dat een bepaald(e) goed of dienst noodzakelijk is, kan wel een rechtvaardigingsgrond voor contractdwang bij een dergelijke toegangsovereenkomst zijn, maar indirect. Bij de toegangsovereenkomst gaat het veeleer om de noodzaak voor de dienstverlener of leverancier om toegang tot het netwerk te kunnen krijgen om zijn bedrijf uit te kunnen oefenen.

Vervolgens rijst dan de vraag of een dergelijke contractdwang in de voorschakel ook gerechtvaardigd is, als het goed dat of de dienst die via dat netwerk gaat, helemaal niet noodzakelijk is om maatschappelijk te functioneren *voor de eindgebruiker*. Stel: een onderneming raakt door leveringsweigering van een (toe)leverancier in grote problemen, omdat zij haar fabricage niet kan voltooien, of omdat zij haar eigen klanten niet kan beleveren. Kan van de goederen waarvan levering wordt geweigerd, gezegd worden dat zij noodzakelijk zijn? Dat goed of die dienst is voor de betreffende ondernemer wel noodzakelijk in dit particuliere geval, maar is niet ‘in algemene zin’ noodzakelijk om maatschappelijk te functioneren. Con-

11. Zie Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.8 (Yin Yang).

12. Vgl., m.b.t. opzegging van een bancaire relatie: Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, r.o. 3.8.

tractdwang in deze situatie is wel bekend uit het mededingingsrecht, waarbij niet de aard van de dienst of het goed centraal staat, maar het feit dat de contractweigering alle effectieve mededinging op de downstream markt kan uitsluiten, ongeacht het goed of de dienst waar de leveringsweigering betrekking op heeft.¹³ Hier kan dus wel degelijk contractdwang voorkomen en er kan ook wel worden gesproken over de noodzaak van levering van een bepaald goed of een bepaalde dienst, maar er valt onderscheid te maken met goederen en diensten die in het algemeen noodzakelijk zijn om maatschappelijk te functioneren (waarin ik de eerste levensbehoeften meeneem). Is die laatste categorie aan de orde, dan is dat mijns inziens een zwaarwegendere rechtvaardigingsgrond voor contractdwang, dan indien het gaat om noodzakelijkheid voor de betreffende ondernemer in het particuliere geval.¹⁴

Hoewel beantwoording van de vraag naar de noodzakelijke aard van de dienst of het goed waarover gecontracteerd wordt, dus noch eenvoudig, noch doorslaggevend¹⁵ hoeft te zijn, is het stellen van deze vraag in ieder geval nuttig met het oog op de (door mij gewenste) proportionaliteit. De vraag plaatst de notie dat contractdwang niet verder zou moeten gaan dan noodzakelijk op de voorgrond.

-
13. Er zijn voorbeelden van misbruik van machtspositie door leveringsweigeringen van bananen, suiker, gegevens over tv-programma's, hetgeen geen producten zijn die op zichzelf noodzakelijk zijn. Resp. HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*), Beschikking nr. 88/518/EEG, *PbEG* 1988, L 294/41 (*British Sugar*), HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91P en C-242/91P, ECLI:EU:C:1995:98, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill TV guide/TTP, BBC en RTE*). Voor deze vormen van contractdwang geldt een andere rechtvaardigingsgrond, en die is, kort gezegd, dat misbruik van machtspositie door leveringsweigering de mededinging beperkt en daarmee in strijd is met het doel van vrije mededinging (en daarmee bescherming van het consumentenbelang). Zie nader par. 4.3.
14. Vgl. Rb. Amsterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6952, r.o. 4.18: 'Hoewel [eiseressen] voor de uitvoering van haar bedrijfsactiviteiten op de custodian- en valuta-diensten is aangewezen, zijn dit in het algemeen geen essentiële voorzieningen bij gebreke waarvan niet aan het maatschappelijk verkeer kan worden deelgenomen, zoals wel het geval kan zijn bij nutsvoorzieningen of een bankrekening.' Ik sluit niet uit dat ook in een geval waarin het goed of de dienst alleen voor de betreffende bedrijfsvoering noodzakelijk is, het gerechtvaardigd is dat er een contracteerplicht wordt opgelegd, bijv. vanwege misbruik van machtspositie, maar acht die kans wel kleiner. Het niet kunnen verkrijgen van bepaalde goederen of diensten vormt bijvoorbeeld ook een bepaald bedrijfsrisico, dat niet zonder meer, laat staan door het opleggen van een contracteerplicht, op een andere partij kan worden afgewenteld.
15. Ook al is een goed of dienst noodzakelijk, dat betekent niet automatisch het opleggen van contractdwang. Altijd dienen ook in ieder geval de belangen van de aanbieder te worden meegewogen, zie daarover nader par. 6.5.

5.2 De aanbieder als behartiger van publiek belang met sleutels tot de poort

Een van de rechtvaardigingsgronden voor het opleggen van contractdwang, en wel op een bepaalde partij, is het feit dat contracteren met deze partij noodzakelijk is om bepaalde, met name voor maatschappelijk functioneren van belang geachte, goederen of diensten te ontsluiten. Over die goederen en diensten ging de vorige paragraaf. Nu wordt het oog gericht op de aanbodzijde van de ‘markt’ en op de hoedanigheid van de aanbieder. Vaak gaat het om een beperkt aantal aanbieders en/of om aanbieders die de taak tot behartiging van een bepaald publiek belang opgelegd hebben gekregen of worden geacht een maatschappelijke functie te bekleden.

In veel gevallen van directe contractdwang wordt als rechtvaardiging mede gewezen op de publieke, maatschappelijke of toegangsfunctie van degene op wie de contractdwang komt te rusten. Dat is bijvoorbeeld het geval bij contractdwang in infrastructuurgebonden sectoren, de ministerieplicht van deurwaarder en notaris, de acceptatieplicht van de zorgverzekeraar wat betreft de zorgverzekeringsovereenkomsten,¹⁶ de verplichting van de bank om basisbetaaldiensten te verstrekken.

Ook bij indirecte contractdwang zien we deze rechtvaardigingsgrond terug. Zo vormt in het algemene mededingingsrecht, met name in de ‘essential facilities’-doctrine, het feit dat de aanbieder de macht heeft om toegang tot onontbeerlijke diensten en goederen te verschaffen een rechtvaardigingsgrond voor contractdwang.

De maatschappelijke functie van de bank is een van de rechtvaardigingsgronden voor het opleggen van indirecte contractdwang zoals die onder meer in het *Yin Yang*-arrest aan de orde was.¹⁷ De bank vormt een ‘toegangspoort’ tot essentiële diensten. De term poortwachtersfunctie wordt echter in de financiële sector veeleer gebruikt om aan te geven dat de bank een taak heeft (poortwachter is) in het zorgdragen voor het zoveel mogelijk vrijwaren van het financiële verkeer van witwassen en financiering van terroristische organisaties. Dan is die hoedanigheid van poortwachter dus juist een argument tegen het aannemen van een contracteerplicht in een concreet geval, sterker nog, het betreft een weigeringsgrond of zelfs een weigeringsplicht van de bank.¹⁸ De hoedanigheid van de aanbieder is dus ook relevant, omdat zij licht werpt op de belemmeringen van de toegang

16. Ten Oever 2023 bespreekt de hoedanigheid van de zorgverzekeraar als semipublieke instelling, zie par. 1.3.4.4. en 9.4.2. Jak omschrijft semipublieke instellingen als privaatrechtelijke instellingen die institutioneel verbonden zijn met de overheid of maatschappelijke of publieke belangen behartigen (of een combinatie daarvan). Ook bijv. woningcorporaties worden hieronder begrepen. Jak 2014, p. 30-33.

17. Zie bijv. ook de contracteerplicht die werd opgelegd aan de bank in Rb. Amsterdam 4 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8144 (*Project C./ABN AMRO*).

18. Vgl. ook de poortwachtersfunctie en weigeringsplicht van de notaris.

tot goederen of diensten, bijvoorbeeld vanwege de weigeringsgronden die de aanbieder uit hoofde van zijn hoedanigheid kan of moet aanvoeren.

In het (sociale) huurrecht speelt de hoedanigheid van de woningcorporatie als uitvoerder van sociaal beleid een rol bij zaken waarin contractdwang is opgelegd door de rechter. Volgens vaste jurisprudentie staat het een woningcorporatie in beginsel vrij om te bepalen met wie zij een huurovereenkomst aangaat.¹⁹ Er rust echter wel een maatschappelijke verantwoordelijkheid op de woningcorporatie, die met zich brengt dat het onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig kan zijn om een woning aan een woningzoekende te weigeren.²⁰ Daarbij is ook van belang dat een woningcorporatie vaak een monopoliepositie heeft op de markt van goedkope huurwoningen in een bepaalde regio, of dat verschillende woningcorporaties afspraken maken, zodat de beëindiging van een huurovereenkomst wegens een betalingsachterstand of overlast tot gevolg heeft dat een andere corporatie het aangaan van een huurovereenkomst zal weigeren.²¹

Dat de hoedanigheid van behartiger van een publiek belang een rechtvaardiging kan vormen voor het opleggen van contractdwang aan juist deze partij, geldt uit de aard der zaak als een overheidsorgaan de aanbieder is. In de zaak *Rasti Rostelli* kwam de gemeente Rijssen als verhuurder weliswaar een beroep op de contractvrijheid toe, maar zij diende bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen en de grondrechten van haar burgers (in dit geval ging het om de vrijheid van meningsuiting) te respecteren.²² Dat be-

19. HR 11 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0110, NJ 1992, 650 (*Pool/St. Joseph*) en Rb. Zwolle (ktr.) 19 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2516, WR 2019/127, m.nt. Z.H. Duijnstee-van Imhoff & M.K. Tiemensma.

20. Rb. Zwolle (pres.) 28 mei 1991, ECLI:NL:RBZWO:1991:AL7781, WR 1991/100; Rb. Groningen (pres.) 25 maart 1992, ECLI:NL:RBGRO:1992:AH4829, KG 1992/221; Rb. Maastricht (vzr.) 2 maart 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BP8601; Rb. Limburg (vzr.) 25 januari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:611. Omstandigheden die zoal bij deze beoordelingen een rol spelen zijn de reden van het ontstaan van een huurachterstand, miscommunicatie daarover, een betalingsregeling die door de huurder wordt aangeboden of reeds wordt nagekomen, de mogelijkheid om huur rechtstreeks door de sociale dienst te laten overmaken, hetgeen het risico voor de verhuurder vermindert. Ook de kwetsbare positie van de aspirant-huurder kan een rol spelen (zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht (vzr.) 2 maart 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BP8601 (toewijzing van een andere passende woning was uit veiligheidsoverwegingen dringend geboden, o.m. gelet op de gezondheidstoestand van de huurster).

21. Zie Rossel 2013, par. 2.11.2.

22. Zo dient de overheid zich ook aan het gelijkheidsbeginsel te houden en kan het in strijd met dat beginsel met de ene partij wel en met de andere partij niet contracteren onrechtmatig zijn. Vgl. bijv. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, NJ 2022/149 (*Didam-arrest*); Asser/Sieburgh 6-III 2022/193. In het *Didam-arrest* is overigens geen contractdwang in de zin van een contracteerplicht aan de orde, omdat de gemeente initieel niet hoeft te beslissen tot verkoop over te gaan. Maar als zij dat doet, is zij gehouden daarbij bepaalde spelregels te volgen. De vrijheid om zelf een contractspartner te kiezen wordt op die wijze beperkt.

tekent overigens niet dat op een gemeente uit hoofde van haar verplichting om het algemeen belang te behartigen en zich naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te gedragen, een verplichting tot het aangaan van een overeenkomst met elke gegadigde bestaat.²³

5.3 Markttordening en mededinging

Bij verschillende vormen van contractdwang is een rechtvaardigingsgrond de wens de mededinging te bevorderen, of een verstoring ervan te voorkomen. Ook vrees voor marktfalen of de wens een markt op een bepaalde manier te ordenen ligt aan gevallen van contractdwang ten grondslag. Bij contractdwang die wordt opgelegd omdat een contractweigeringsmisbruik van machtspositie in mededingingsrechtelijke zin oplevert, geldt het belang van vrije mededinging uit de aard der zaak als rechtvaardigingsgrond. Artikel 102 VWEU heeft als doel een verstoring van de mededinging te voorkomen en de belangen van consumenten te beschermen.²⁴ Bescherming van de consument vindt plaats door bescherming van de mededinging in het algemeen, het gaat niet om het belang van een individuele consument.

Bij vormen van contractdwang in infrastructuurgebonden sectoren speelt eveneens het belang van vrije mededinging als rechtvaardigingsgrond. Dergelijke contractdwang komt vaak voor in sectorspecifieke regulering, doorgaans van Europese origine, waarbij een van de doelen is om de interne markt te bevorderen (vanuit de gedachte dat dit uiteindelijk de consument ten goede komt). De vrije mededinging kan worden verstoord als er sprake is van een monopolie of andere economische machtspositie, maar ook als er concurrentie bestaat, bewerkstelt de markt niet per definitie de beschikbaarheid van de gewenste voorzieningen. Marktordening kan dan aangewezen zijn. Zo kunnen aanbieders zich op het lucratieve deel van de markt richten, waardoor de voorzieningen op andere delen (geografisch of demografisch bijvoorbeeld) niet van de grond komen. Bezorgdheid over een dergelijk mechanisme ligt bijvoorbeeld mede ten grondslag aan de acceptatieplicht van de zorgverzekeraar bij de basiszorgverzekering. Selectie van verzekerden door de zorgverzekeraar is niet toegestaan, omdat het risico bestaat dat verzekeraars zich richten op dat deel van de populatie dat de minste zorg nodig heeft. Daarmee zouden bijvoorbeeld ouderen en chronisch zieken waarschijnlijk geen ziektekostenverzekering tegen redelijke voorwaarden kunnen bemachtigen. Ook de contracteerplicht die wordt opgelegd op grond van artikel 48 lid 1 onder e Wet marktordening gezondheidszorg heeft, zoals de naam van de wet al aangeeft, als rechtvaardigingsgrond de ordening van met name de zorginkoopmarkt. Een goede

23. HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2051, r.o. 3.5.2, NJ 1996/728 (*Rasti Rostelli*).

24. Zie par. 4.3.

werking van die markt wordt nodig geacht om toegankelijke, betaalbare en doelmatige zorg te bewerkstelligen en te behouden.²⁵

Ter rechtvaardiging van de wettelijke contractdwang met betrekking tot een basisbetaalrekening voor consumenten wordt het argument van de werking van de interne markt eveneens genoemd: de beschikbaarheid van basisbetaaldiensten is mede van belang voor een goede werking van de interne markt.²⁶

De mate van concurrentie op de markt zegt ook iets over de toegankelijkheid van bepaalde goederen of diensten en aldus is deze rechtvaardigingsgrond verbonden met de hiervoor genoemde gronden die betrekking hebben op de mogelijkheid om bepaalde, met name voor maatschappelijk functioneren van belang geachte, goederen of diensten te ontsluiten.

5.4 Waarborgen fundamentele rechten

Er zijn verschillende voorbeelden van contractdwang die de revue gepasseerd waarbij het waarborgen van fundamentele rechten een rechtvaardigingsgrond vormt. Zo ligt het recht op onderwijs ten grondslag aan zowel de leerplicht, als de acceptatieplicht van onderwijsinstellingen. De acceptatieplicht is zeker niet absoluut en biedt vooral voor bijzondere scholen ruimte om leerlingen te weigeren. Deze mogelijkheid tot het maken van uitzonderingen op de acceptatieplicht is onder meer ingegeven door een ander fundamenteel recht, namelijk de vrijheid van onderwijs. Het recht op onderwijs wordt afgewogen tegen het recht op vrijheid van richting en de daarmee verbonden bevoegdheid leerlingen te weigeren.²⁷

Het recht op gezondheidszorg speelt een rol bij de rechtvaardiging van contractdwang bij het sluiten van een zorgverzekeringsovereenkomst, zowel bij de verplichting van de verzekeringnemer een zorgverzekering af te sluiten als bij de acceptatieplicht van de zorgverzekeraar.²⁸

Het waarborgen van het recht op gelijke behandeling kan, zoals blijkt uit de voorbeelden genoemd in paragraaf 4.2, eveneens een rechtvaardiging vormen voor het opleggen van contractdwang. Het betreft een breed scala aan diensten en producten waarover gecontracteerd wordt, en de grond waarop onderscheid wordt gemaakt, verschilt. Niettemin is wel duidelijk dat onterechte contractweigering, onterecht in de zin van in strijd met het

25. Zie par. 4.4.

26. En overigens ook voor de ontwikkeling van een moderne, sociaal inclusieve economie, hetgeen meer betrekking heeft op een andere rechtvaardigingsgrond, te weten de noodzaak van deze dienstverlening voor eenieder om in de huidige maatschappij te kunnen functioneren. Zie ook par. 3.4.

27. Zie par. 3.3 en 4.5.

28. Zie par. 3.2.1.

recht op gelijke behandeling, met enige regelmaat voorkomt en dat indirecte contractdwang een adequate reactie daarop kan zijn.

Deze rechtvaardigingsgrond komt zowel in combinatie met de hiervoor genoemde rechtvaardigingsgronden, als zelfstandig voor. De enkele schending van bijvoorbeeld het recht op gelijke behandeling kan, afgewogen tegen de contractvrijheid van de andere partij, de doorslag geven om een contracteerplicht op te leggen, waarbij het dan bijvoorbeeld niet per se om goederen of diensten hoeft te gaan die noodzakelijk zijn om maatschappelijk te functioneren.

5.5 **Per saldo: mix van bescherming zwakke partij en algemeen belang**

De bescherming van de zwakke partij en het algemeen belang worden vaak genoemd als rechtvaardiging van de beperking van contractvrijheid. Dit zijn mijns inziens ‘meta-categorieën’, waarvan in de hierboven omschreven rechtvaardigingsgronden vooral een mix terug te zien valt.

De bescherming van de consument is bijvoorbeeld aan de orde in veel gevallen waarin de toegang tot noodzakelijke goederen of diensten een rechtvaardigingsgrond voor contractdwang is. Het kan dan gaan om bescherming van deze (zwakke) partij, maar ook om het consumentenbelang in meer abstracte zin. Als het algemeen belang omschreven wordt als belangen van de gemeenschap als geheel, dan wel van grote groepen daaruit, of belangen die de overheid zich heeft aangetrokken, dan kan ‘het consumentenbelang’ in abstracte zin ook onder algemeen belang worden geschaard.²⁹

Geregeld is er sprake van een combinatie van algemeen belang en bescherming van de zwakke partij als rechtvaardiging in concrete gevallen van contractdwang. Die combinatie van rechtvaardigingsgronden komt overeen met de gedachte dat contractdwang een deugdelijke rechtvaardiging behoeft. Zo is de wederzijdse contractdwang bij het aangaan van de zorgverzekeringsovereenkomst of de onderwijsovereenkomst ingegeven door het belang van de verzekerde en de leerling, maar ook door het algemeen belang van een functionerende gezondheidszorg voor de bevolking of een goed opgeleide bevolking.

Ook in gevallen van indirecte contractdwang, waar een individuele afweging in het concrete geval plaatsvindt, en daarmee wellicht vooral bescherming van de zwakke partij in dit specifieke geval wordt verwacht, speelt het algemeen belang wel degelijk geregeld een rol. Zo wordt de door de wetgever gewenste werking van ons zorgsysteem meegewogen in de civielrechtelijke afweging over eventuele contracteerplichten in die sector. Vaak gaat het

29. Dommering 1982, nr. 3.

bij indirecte contractdwang, zeker als het een civielrechtelijke afweging betreft, wel om het algemeen belang dat een rol speelt ‘via’ het belang van onder meer de patiënt, cliënt, leerling of woningzoekende als zwakkere partij.

De eerder geïdentificeerde rechtvaardigingsgronden kunnen ook in andere, meer economisch georiënteerde termen, worden besproken. Het gaat om zowel bescherming tegen marktfalen, als om bescherming tegen oneerlijke mededinging als om het bevorderen van sociale doelen.³⁰ Zoals hierboven werd aangegeven dat er vaak een mix van algemeen belang en bescherming van de zwakke partij te zien is, kan dat ook worden vertaald naar een mix van meer op regulering van markt of mededinging georiënteerde rechtvaardigingsgronden en meer sociale gronden.

30. Vgl. Van Boom 2020, inzake de rechtvaardigingsgronden voor regulering, hfdst. 5, p. 121-161.

Hoofdstuk 6

Evaluatie en beslismodel indirecte contractdwang

6.1 Inleiding

In dit preadvies heb ik een brede variatie aan gevallen van contractdwang besproken, met de nadruk op gevallen van indirecte contractdwang. Ik heb als uitgangspunt gehanteerd dat contractvrijheid het leidend beginsel is en dat contractdwang een uitzondering daarop vormt die moet worden gerechtvaardigd.¹ Het doel was om te bezien of enige handvatten kunnen worden geboden bij het beantwoorden van de vraag of het opleggen van een contracteerplicht door een civiele rechter in een concreet voorliggend geval gerechtvaardigd is. Welke argumenten of wellicht zelfs criteria kunnen daartoe worden aangewend? Het beslismodel dat is weergegeven in paragraaf 6.5 is mogelijk behulpzaam bij het beantwoorden van deze vraag in een concreet geval. Het beslismodel is afgeleid uit de gevonden rechtvaardigingsgronden en concentreert zich op een contracteerplicht die in een individueel geval wordt opgelegd in de (markt)omstandigheden en bij de stand van regulering zoals ze zijn. Dat er mogelijk ook geheel andere (regulerings)methoden zijn om bijvoorbeeld te zorgen voor beschikbaarheid van bepaalde goederen of diensten, ook buiten het privaatrecht, komt niet aan de orde.

In dit preadvies is ook de vraag aan de orde gesteld of indirecte contractdwang alleen in een uitzonderlijk geval gerechtvaardigd is, of dat het, net zoals bij directe contractdwang, ook om categorieën van gevallen kan gaan en in die gevallen de indirecte contractdwang (nog) gerechtvaardigd is. Dit aspect komt aan de orde in paragraaf 6.3.

Ik begin evenwel met een evaluatie van de weigeringsplicht. Dit fenomeen valt als zodanig buiten de reikwijdte van dit preadvies, maar het speelt een prominente rol in de financiële sector, en is als eveneens vergaande inbreuk op de contractvrijheid van belang om in relatie tot contractdwang kort te bespreken.

6.2 Weigeringsplicht

Dit preadvies gaat over het moeten aangaan van een overeenkomst. De weigeringsplicht is daar het spiegelbeeld van en kwam in het voorgaande

1. Zie par. 1.6.

een aantal maal kort ter sprake. Zo bleek dat een weigeringsplicht kan rusten op de notaris,² of op een bank.³ Betoogd kan worden dat een weigeringsplicht een inbreuk op de contractvrijheid maakt die in beginsel minstens van gelijke 'zwaarte' is als contractdwang. De verplichting om geen overeenkomst aan te gaan, waar dat wellicht *wel* gewild was, is net zo goed een vergaande inbreuk op de contractvrijheid als de verplichting om een overeenkomst aan te gaan, waar dat wellicht *niet* gewild was.⁴ Sterker nog, de verplichting tot contractweigeringsplicht kan bestaan waar beide partijen de overeenkomst wel wilden, maar de wetgever de overeenkomst ongewenst acht. Denk aan een partij die volgens de wetgever tegen zichzelf in bescherming moet worden genomen (de 'marginverplichting' bij de optiehandel is daarvan een sprekend voorbeeld).⁵ De contractvrijheid van beide partijen wordt dan beperkt.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de weigeringsplichten van de notaris en de bank die in dit preadvies werden aangestipt, als zodanig in de regelgeving zijn geformuleerd (directe weigeringsplichten, zo men wil). Dat wil niet zeggen dat de contouren dan altijd helemaal duidelijk zijn. Zo kunnen in een concreet geval vragen rijzen over de reikwijdte van de weigeringsplicht van de notaris. De in de wet gestelde norm, te weten dat de notaris dienst moet weigeren indien naar diens redelijke overtuiging of vermoeden de verlangde werkzaamheid leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, of wanneer medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of de notaris andere gegronde redenen voor weigering heeft, laat ruimte voor interpretatie. In de (tucht)rechtspraak wordt deze norm vervolgens nader ingevuld.⁶ Het gaat dus niet om een 'vinklijstje', aan de hand waarvan de notaris altijd meteen weet of hij dienst moet weigeren of niet, maar *dát* er een weigeringsplicht bestaat, staat uitdrukkelijk in de wet. Een dergelijke nadere invulling van een wettelijk verankerde weigeringsplicht is nog iets anders dan het afleiden van het überhaupt bestaan van een weigeringsplicht uit een open norm. Gezien de vergaande inbreuk op de contractvrijheid, ligt een 'indirecte' weigeringsplicht mijns inziens niet direct voor de hand. Ik verwijs hier bij wijze van voorbeeld naar de weigeringsplichten in het financiële recht.⁷ Deze weigeringsplichten zijn geformuleerd in sectorspecifieke regelgeving.

2. Zie daarvoor par. 3.1.

3. Zie over de weigeringsplichten van banken uitgebreid het preadvies van Busch, hfdst. 2-3.

4. Contractdwang maakt inbreuk op de negatieve contractvrijheid, de vrijheid om geen overeenkomst te sluiten, en een weigeringsplicht maakt inbreuk op de positieve contractvrijheid, de vrijheid om juist overeenkomsten van de eigen keuze te sluiten.

5. Zie daarover uitgebreid het preadvies van Busch, par. 2.3.

6. HR 2 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479 (*Novitaris*).

7. Waarover uitgebreid het preadvies van Busch, hfdst. 2-3.

Er lijkt daarnaast geen plaats voor een verplichting tot contractweigeringsplicht op grond van de privaatrechtelijke zorgplicht, terwijl die zorgplicht wel als grondslag dient voor verschillende typen van informatieplichten.⁸

Wat mij betreft zou in beginsel moeten gelden dat voor het opleggen van een indirecte weigeringsplicht weinig ruimte bestaat. Weinig ruimte wil niet zeggen uitgesloten. Zo kan er een indirecte weigeringsplicht aangewezen zijn bij een arts of een zorginstelling die besluit geen overeenkomst met een patiënt aan te gaan, omdat de aard of omvang van de hulpvraag de expertise of mogelijkheden van de arts te buiten gaat. De verplichting tot verlening van goede zorg impliceert een weigeringsplicht voor een arts die zich niet bekwaam acht de gevraagde zorg te verlenen.⁹ Het gaat hier overigens om een uitzondering op een in beginsel bestaande contracteerplicht, in dit geval de hulpverleningsplicht van de arts. Deze gevallen zou je als een weigeringsplicht kunnen beschouwen, maar zij vormen mijns inziens eerder een uitzondering op of een voorwaarde bij de bestaande contractdwang.¹⁰

Gezien de vergaande inbreuk op de contractvrijheid die een weigeringsplicht maakt, is de vraag of we enthousiast moeten zijn over de mogelijkheid van de introductie van een weigeringsplicht op grond van het Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD) voorstel van de Europese Commissie. Heel kort gezegd krijgen ondernemingen een verplichting opgelegd om onderzoek te doen in de waardeketen naar negatieve effecten op de mensenrechten en het milieu. Leidt dat onderzoek tot de constatering dat die negatieve effecten er zijn en kunnen deze niet op andere wijze worden gemitigeerd, dan moet de onderneming afzien van het aangaan van nieuwe relaties of het uitbreiden van bestaande relaties met de partner verbonden aan of in de waardeketen waar het effect zich heeft voorgedaan.¹¹ Dit leidt dus tot introductie van een weigeringsplicht in een potentieel behoorlijk aantal gevallen.

8. Zie HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.9 inzake overkreditering, waarover nader het preadvies van Busch, par. 2.2.

9. KNMG-richtlijn 'niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', 2021, par. 2, p. 8.

10. Vgl. ook de 'weigeringsplicht' die rust op een school voor voortgezet onderwijs die op grond van de onderwijswetgeving (art. 8.5 WVO 2020) 'tot het eerste leerjaar alleen degene [toelaat]' die het vereiste schooladvies heeft. Dit kan wellicht worden beschouwd als weigeringsplicht, maar is mijns inziens eerder te beschouwen als een voorwaarde bij de bestaande acceptatieplicht.

11. Art. 7 lid 5 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 (Voor de EER relevante tekst), versie zoals aangepast door de Raad van Ministers 1 december 2022, data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf. Zie over dit voorstel o.a. het themanummer van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 5 en het preadvies van Busch, par. 3.6.2.

6.3 Indirecte contractdwang alleen in een uitzonderlijk geval?

Bij indirecte contractdwang bestaat het beeld van een uitzonderlijk geval, dat wil zeggen dat alleen in een bijzondere, individuele, situatie een dergelijke contracteerplicht zou mogen worden opgelegd. Dat beeld lijkt mij niet in alle gevallen overeen te stemmen met de werkelijkheid. Zo is de contractdwang die op hulpverleners in het kader van het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst rust, eerder regel dan uitzondering. In beginsel dient in een concreet geval een geneeskundige behandelingsovereenkomst te worden aangegaan, zeker waar het gaat om medisch dringend noodzakelijke zorg. Weigering wordt, onder meer in de gedragsregels, als uitzondering geformuleerd.

Dat geldt ook bij een betaalrekening voor niet-consumenten; ook daar is mijns inziens geen sprake van een uitzonderlijk geval, maar geldt ten opzichte van in beginsel alle klanten, consument of niet, dat een betaalrekening onontbeerlijk is en daarom de belangenafweging eerder wel dan niet tot een contracteerplicht zal leiden. In die zin zie ik ook een parallel met vormen van directe contractdwang, waar de wetgever voor een bepaalde categorie gevallen heeft besloten dat contractdwang nodig is. Ik signaleer dus gevallen van indirecte contractdwang, waar wellicht verwacht wordt dat sprake is van *niet verplicht contracteren, tenzij*, maar eerder sprake is van *wel verplicht contracteren, tenzij*. Kennelijk is er geen sprake van een in zeer uitzonderlijke omstandigheden gevoelde noodzaak tot het opleggen van een contracteerplicht, maar gaat het om een af te bakenen groep van gevallen. Dat is overigens niet verwonderlijk als men bedenkt dat een van de rechtvaardigingsgronden voor het opleggen van indirecte contractdwang is dat het gaat om diensten of goederen die noodzakelijk zijn, voor eenieder, of voor grote groepen in de samenleving, om maatschappelijk te functioneren. Dan zal voor velen de noodzaak tot toegang tot die dienst of dat goed bestaan en is het voornamelijk afhankelijk van de mate van beschikbaarheid aan de aanbodzijde of er contractdwang wordt opgelegd, c.q. gerechtvaardigd wordt geacht. Overigens kan deze afhankelijkheid die per saldo voor een grotere groep lijkt te gelden, een argument vormen om over te gaan tot een wettelijke regeling. Wetgeving kan dan zorgen voor grotere rechtszekerheid (en in het kielzog daarvan minder procedures).

Van de onderwerpen die in dit preadvies de revue zijn gepasseerd geldt dat argument in ieder geval voor de betaalrekening voor niet-consumenten en voor de hulpverleningsplicht bij medische zorg.

6.4 Relatie tussen beëindiging en aangaan overeenkomst

Het ligt in de lijn der verwachtingen dat indien een partij contractdwang ondervindt, deze partij niet zonder meer de overeenkomst zal kunnen ontbinden of opzeggen. De reden dat de contractdwang bestaat, is ook de

reden dat de bevoegdheid om de overeenkomst te beëindigen aan beperkingen onderhevig kan zijn.¹² De contractdwang zou makkelijk illusoir kunnen worden gemaakt, indien een onder invloed van een contracteerplicht gesloten overeenkomst eenvoudig kan worden beëindigd. Dat geldt met name bij opzegging, omdat in het geval van een overeenkomst voor onbepaalde tijd, opzegging in beginsel mogelijk is,¹³ waarbij doorgaans geen hoge drempels worden opgeworpen.

Uit een constatering dat redenen om beëindigingsmogelijkheden te beperken gelijk zijn aan redenen voor het bestaan van contractdwang, kan overigens niet zonder meer worden afgeleid dat indien een overeenkomst eerder rechtsgeldig is opgezegd, er vervolgens (dus) geen contracteerplicht kan worden opgelegd. Dat heeft mede te maken met een mogelijk verschillend tijdstip van toetsing. De toetsing van de opzegging vindt plaats naar het moment van de opzegging (die in het verleden ligt), de vraag of er een contracteerplicht kan worden opgelegd, wordt beantwoord naar de omstandigheden die gelden ten tijde van de rechtszaak.¹⁴

Bij een opzegging van een eerdere overeenkomst met een andere contractspartner lijkt in de rede te liggen dat de eerdere rechtmatige opzegging niet beslissend is: het gaat om een andere overeenkomst, waarbij het feit dat het gaat om een andere contractspartner en overige omstandigheden tot een andere afweging kunnen leiden. Uiteraard kan de reden om op te zeggen ook een weigeringsgrond voor de nieuwe aanbieder zijn, maar die weigeringsgrond hoeft dan niet op dezelfde wijze gewogen te worden. Zo mag een ziekenhuis of school een patiënt of leerling niet zonder meer weigeren vanwege het feit dat deze persoon bij een andere instelling verwijderd is wegens agressief gedrag. Vanwege het grote belang bij de toegang tot gezondheidszorg en onderwijs en het feit dat het in de nieuwe verhouding gaat om gevreesd, maar nog niet daadwerkelijk tentoongespreid gedrag, is weigering wellicht toch niet geoorloofd.

Betreft het evenwel de eerdere opzegging van een overeenkomst met dezelfde contractspartij, dan ligt voor de hand dat vervolgens geen contracteerplicht aan die contractspartij wordt opgelegd. Ook dat is evenwel niet uit te sluiten. Zo stond in de zaak *Yin Yang* een eerdere rechtsgeldige opzegging door dezelfde bank niet in de weg aan het vervolgens opleggen van contracteerplicht.¹⁵

12. Zo is de beëindigingsbevoegdheid van de bank begrensd, zie Haentjens 2023, p. 230-231. Zie ook Houben 2005, hfdst. 9 met voorbeelden van beperkingen in de bevoegdheid tot opschorting, ontbinding en opzegging voor partijen die contractdwang ondervinden.
13. Beperkingen in specifieke wettelijke opzeggingsregels daargelaten.
14. Ervan uitgaande dat er een gebod om te contracteren wordt gevorderd en geen oordeel wordt gevraagd over de (on)rechtmatigheid op het moment van weigering. Zie over het verschil dat de ingestelde vordering kan maken Haentjens 2023, p. 233.
15. Zie par. 4.6.2.

Het feit dat er een eerdere, langdurige, relatie heeft bestaan, kan het vertrouwen opwekken dat er wederom een contract gesloten zal worden. Niet uitgesloten is dat dit vertrouwen een argument vormt om een onderhandelingsplicht en zelfs een contracteerplicht aan te nemen, met name als op grond daarvan investeringen zijn gedaan.

De Europese Commissie lijkt wel open te staan voor een dergelijk argument. Zij maakt een onderscheid tussen een leveringsbeëindiging binnen een bestaande relatie en nieuwe leveringsweigeringen. Misbruik van machtspositie verwacht zij eerder bij een weigering te leveren binnen een bestaande relatie (eventueel met beëindiging van die relatie) dan de weigering om goederen of diensten te leveren die de onderneming voordien niet aan anderen heeft geleverd. Een contracteerplicht zou dan waarschijnlijk ook eerder voorkomen als reactie op een weigering binnen een bestaande relatie. Dat geldt bijvoorbeeld indien in die bestaande relatie investeringen zijn gedaan met het oog op de verwachte (continuerende) levering.¹⁶ Uiteraard dient hierbij te worden bedacht dat het gaat om een mededingingsrechtelijke toets naar misbruik van machtspositie, waarbij het feit dat er eerder aan een partij werd geleverd van invloed kan zijn op de beoordeling van de onontbeerlijkheid van het goed of de dienst.

In civielrechtelijke zin is voorstelbaar dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden een onderhandelingsplicht voortvloeit met betrekking tot een nieuw te sluiten overeenkomst, in een situatie dat de eerdere overeenkomst afloopt. Verschillende omstandigheden kunnen daarbij een rol spelen, waaronder de investeringen die de partij die graag opnieuw een overeenkomst wil sluiten, heeft gedaan.¹⁷ Het gaat dus niet om een heronderhandelingsplicht *louter* gebaseerd op het bestaan van of de duur van de voorgaande relatie.¹⁸ Aangenomen wordt dat voor onderhandelingen over een overeenkomst bij of na afloop van een vorige overeenkomst (verlenging) geen strengere eisen gelden dan voor onderhandelingen over een nieuwe overeenkomst.¹⁹ Daarbij gaat het echter om de vraag welke eisen gelden met betrekking tot onderhandelingen die reeds gevoerd worden, hetgeen iets anders is dan de vraag of die onderhandelingen moeten worden aangegaan. Doorgaans zal ook een bestendige praktijk van eerder gesloten overeenkomsten als zodanig niet voldoende zijn om een verplichting om onderhandelingen aan te vangen, laat staan een contracteerplicht, te rechtvaardigen.

16. Zie par. 4.3.

17. Concl. A-G A.S. Hartkamp voor HR 26 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0890, NJ 1993/289 (*AFF/Mc Donald's*).

18. Vgl. ook het arrest dat in het kader van de zorginkoopovereenkomst aan de orde kwam HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, NJ 2005/482 (*Apothekers/Agis*).

19. De Vries 2016, par. 4.77.

6.5 Beslismodel indirecte contractdwang in een civielrechtelijke casus

In dit preadvies zijn verschillende rechtvaardigingsgronden voor contractdwang de revue gepasseerd. Wat levert deze inventarisatie op voor het beantwoorden van de vraag of in een bepaald voorliggend geval het opleggen van een contracteerplicht gerechtvaardigd is? Achteraf kan bepaald worden dat bijvoorbeeld het noodzakelijk karakter van het goed of de dienst een rechtvaardigingsgrond vormt voor de opgelegde contractdwang, maar ik doe hier een poging om een aantal geïdentificeerde rechtvaardigingsgronden als criterium (vooraf) te gebruiken om te bepalen of het opleggen van een contracteerplicht aangewezen is.

Ik beperk mij tot indirecte contractdwang, een civielrechtelijke casus en het opleggen van een contracteerplicht door de rechter.

Teneinde de vraag te beantwoorden of het opleggen van een contracteerplicht door een civiele rechter in een voorliggend geval aangewezen is, zouden mijns inziens de volgende vragen kunnen worden gesteld:²⁰

1. Is er sprake van een noodzakelijk goed of noodzakelijke dienst?²¹

Als het antwoord op deze vraag ja is: ga naar 3.

Als het antwoord op deze vraag nee is: ga naar 2.

Op dit criterium is kritiek mogelijk, zie hiervoor paragraaf 5, maar mijns inziens is het een goede eerste vraag om het belang voor degene die het contract wenst scherp te stellen. Hierbij breng ik de nuancering aan dat, indien het gaat het goederen of diensten die noodzakelijk zijn om in eerste levensbehoeften te voldoen, of om goederen of diensten die (overigens) noodzakelijk zijn voor deelname aan het maatschappelijk verkeer (ook voor bedrijven, zie daarover nader paragraaf 5), mijns inziens sprake is van een zwaarwegender argument om eventueel een contracteerplicht aan te nemen, dan wanneer het gaat om een alleen voor deze persoon of dit bedrijf noodzakelijk(e) dienst of goed.

2. Is er sprake van schending van een fundamenteel recht door de contractweigering?

Als het antwoord op deze vraag ja is: ga naar 5.

Als het antwoord op deze vraag nee is: dit is een aanwijzing dat het opleggen van een contracteerplicht niet gerechtvaardigd is. Contracteren is niet noodzakelijk om een noodzakelijk goed of noodzakelijke dienst te verwerven, noch is er sprake van de noodzaak om een fundamenteel recht te beschermen.

20. Vragen 'kunnen' worden gesteld, omdat dit model zeker niet sluitend is. Het gaat louter om een voorstel om bepaalde vragen in een bepaalde volgorde te stellen.

21. Zie voor de invulling van het begrip 'noodzakelijke goederen en diensten' par. 5.1 hiervoor.

3. Bestaat er een belemmering om de dienst of het goed te bemachtigen aan de aanbodzijde?

- a. Bestaat er een monopolie?

Als het antwoord op deze vraag ja is: dit is de enige aanbieder van noodzakelijke goederen of diensten. Dit is een aanwijzing dat het opleggen van een contracteerplicht gerechtvaardigd is. Ga evenwel nog naar 4.

Als het antwoord op deze vraag nee is: ga naar b.

- b. Bestaat er een andere belemmering aan de aanbodzijde, niet zijnde een monopolie? Bijvoorbeeld alle aanbieders weigeren (denk aan banken of woningbouwcorporaties), of de nabijheid van de dienstverlening is relevant (denk aan medische zorg en basisonderwijs), of de aanbieder maakt misbruik van een economische machtspositie door levering te weigeren.²²

Als het antwoord op deze vraag ja is: er is sprake van een noodzakelijke dienst die of een noodzakelijk goed dat aan de aanbodzijde van 'de markt' niet zonder meer te verkrijgen is. Dit is een aanwijzing dat het opleggen van een contracteerplicht gerechtvaardigd is. Ga evenwel naar 4.

Als het antwoord op deze vraag nee is: er is wel sprake van een noodzakelijk goed of noodzakelijke dienst, maar er bestaat geen belemmering om het goed of de dienst (eventueel elders) te verkrijgen. Er bestaat wat betreft toegang tot het goed of de dienst geen afhankelijkheid van deze aanbieder. Het opleggen van een contracteerplicht ligt niet voor de hand.

Beschikbaarheid elders is een sterk argument tegen het aannemen van contractdwang. Een dergelijke redenering is zichtbaar bij bijvoorbeeld de acceptatieplicht van banken: in de jurisprudentie wordt getoetst aan de vraag of de aspirant-cliënt heeft geprobeerd een rekening bij een andere bank te krijgen. Indien de cliënt daar nul op het rekest krijgt, kan dat een reden zijn om de bank die in rechte wordt betrokken, de contracteerplicht op te leggen.²³

Daan is de vraag: welke eisen dienen te worden gesteld aan de moeite die de vrager moet doen om een andere aanbieder te vinden, alvorens contractdwang op te leggen? Is dat een afwijzing

22. Zie bijv. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, NJ 2005/482 (*Apothekers/Agis*) en par. 4.4.2 over het niet uitgesloten zijn van de mogelijkheid dat een contracteerplicht door de civiele rechter wordt opgelegd bij het aangaan van de zorginkoopovereenkomst op grond van misbruik van machtspositie, (overige) onrechtmatige daad en redelijkheid en billijkheid. In het mededingingsrecht komt contractdwang als reactie op leveringsweigering wel voor: de vraag of de dienst of het goed dat wordt geweigerd noodzakelijk is voor *eindgebruikers* speelt geen doorslaggevende rol. Zie daarover hiervoor par. 4.3.

23. Zie ook de weigeringsgronden bij een aantal vormen van directe contractdwang, die hierop zien: een bank kan een basisbetaalrekening voor consumenten weigeren als de consument al een rekening heeft, een zorgverzekeraar mag een zorgverzekering weigeren als de vrager al een zorgverzekering heeft.

van bijvoorbeeld drie grootbanken,²⁴ of moeten alle vindbare aanbieders zijn benaderd, bijvoorbeeld alle ziekenhuizen in de regio?²⁵ Van belang is op grond waarvan andere aanbieders (ook) weigeren. (Los van het beroep dat zij kunnen doen op hun contractvrijheid, hetgeen ik als uitgangspunt neem.) Als die weigeringsgrond waarschijnlijk voor alle aanbieders geldt, dan lijkt mij niet nodig dat alle aanbieders benaderd zijn. Een belangrijke uitzondering geldt mijns inziens indien de reden voor de weigering discriminatoir is. Ga in dat geval nog naar 5. Ook al is een goed of dienst elders beschikbaar, dan kan in dat geval toch een contracteerplicht aangewezen zijn, vanwege het belang van de bescherming van de menselijke waardigheid (zie par. 4.2).

4. Welke weigeringsgrond voert de aanbieder aan?

Deze weigeringsgrond wordt afgewogen tegen het hiervoor geconstateerde belang van de vrager. Een beroep op de contractvrijheid door de aanbieder beschouw ik als gegeven (nu ik de contractvrijheid als uitgangspunt hanteer), dus ik richt mij hier op de meer specifieke weigeringsgronden. Indien sprake is van een noodzakelijke dienst of een noodzakelijk goed en het verkrijgen daarvan is afhankelijk van deze aanbieder, dan zal een weigeringsgrond specifiek moeten zijn en van een zeker gewicht om het opleggen van een contracteerplicht ‘tegen te houden’.

De afweging tussen de weigeringsgronden en het belang bij het kunnen sluiten van de overeenkomst is casuïstisch, maar bepaalde weigeringsgronden zijn kennelijk zwaarwegend bevonden door de wetgever en de rechterlijke macht. In een concreet geval kan hier wellicht aansluiting bij worden gezocht. Zwaarwegende weigeringsgronden betreffen bijvoorbeeld gebrek aan capaciteit²⁶ of onvoldoende competentie.²⁷ Ook een wettelijke (toezichts)verplichting kan een gegronde reden tot weigering vormen.²⁸ Voorts kunnen genoemd worden de veiligheid,²⁹ of eerder gedrag als wanbetaling of fraude.³⁰ Zwaarwegende belangen van derden leggen daarbij veel gewicht in de schaal: een woningbouwvereniging kan weigeren een huurovereenkomst aan te gaan in verband met gesubstantieerde vrees voor de veiligheid of de versterking van het woongenot van derden.

Een weigering kan ook gepaard gaan met een verwijzing naar andere aanbieders. Het bestaan van alternatieven is een belangrijk argument tegen het opleggen van een contracteerplicht

24. Vgl. de Belgische wettelijke regeling inzake een recht op een basisbankdienst, waarbij als een van de voorwaarden voor het door een Belgische overheidsinstantie aanwijzen van een bank die de basisdienst moet verlenen, geldt dat drie banken eerder geweigerd hebben de basisbankdienst aan te bieden. Wet van 8 november 2020 tot wijziging van het Wetboek economisch recht en KB van 16 december 2022, *Belgisch Staatsblad* 16 januari 2023. Zie over deze wet nader het preadvies van Busch, par. 4.5.
25. Vgl. Rb. Den Haag 19 december 2001, *TvGR* 2002/32, m.nt. J. Legemaate.
26. Zie bijv. de capaciteit van een huisartsenpraktijk of school, maar ook de capaciteit op een bepaald netwerk.
27. Zie bijv. de notaris die kan doorverwijzen naar een meer gespecialiseerde collega, een school die een kind met een bepaalde zorgbehoefte niet kan bedienen.
28. Zie bijv. de bank die aan de vereisten van de Wft en Wwft moet voldoen, de school die zich aan de wettelijke toelatingsvoorwaarden moet houden.
29. Dit kan bijvoorbeeld betreffen technische veiligheidsvoorschriften waar de beoogd afnemer niet aan voldoet, maar het kan ook gaan om gedrag, denk aan een leerling of patiënt die de veiligheid in de onderwijs- of zorginstelling in gevaar kan brengen.
30. Dit speelt bijv. bij energielevering, de zorgverzekeringsovereenkomst, de deurwaarder.

aan een specifieke partij.³¹ Dit laatste punt zal in dit beslismodel deels al meegenomen zijn in de vraag of er belemmeringen bestaan aan de aanbodzijde. Verder speelt ook proportionaliteit een rol bij de beoordeling van argumenten om het aangaan van de overeenkomst te weigeren. In de zaak *Yin Yang* zagen we dat een zeker risico van integriteitsschending niet voldoende was om de contracteerplicht 'tegen te houden'. Een groot risico of het de bank onmogelijk maken om de toezichttaak uit te oefenen, zijn wel van voldoende gewicht.³²

5. Hoe valt de afweging tussen contractvrijheid enerzijds en (andere) fundamentele rechten anderzijds uit?

Fundamentele rechten spelen als rechtvaardigingsgrond, meer of minder direct, een rol bij veel gevallen van contractdwang. Het recht op toegang tot de gezondheidszorg en het recht op onderwijs kwamen bijvoorbeeld in dit preadvies aan de orde. In dit beslismodel zullen dergelijke gevallen vaak al de revue gepasseerd zijn, omdat de verwezenlijking van zo'n recht gepaard kan gaan met de noodzakelijke toegang tot een concrete dienst, zoals toegang tot een arts, ziekenhuis of onderwijsinstelling.³³ En bij de weigeringsgronden kunnen ook al fundamentele rechten van de 'aanbieder' aan de orde gekomen zijn, zoals de vrijheid van richting van onderwijs van de bijzondere school. Er zijn evenwel ook gevallen waarin een afweging van contractvrijheid van de aanbieder versus een fundamenteel recht van de vrager niet zozeer ziet op toegang tot een goed dat of een dienst die noodzakelijk is om in het maatschappelijk verkeer te functioneren. De zaak *Rasti Rostelli*, die ziet op de afweging tussen contractvrijheid en vrijheid van meningsuiting, vormt daarvan een voorbeeld.³⁴ Ook veel gevallen waarin het recht op gelijke behandeling wordt afgewogen tegen de contractvrijheid, waarover paragraaf 4.2, vormen voorbeelden hiervan. Een (steekhoudend) beroep op het recht op gelijke behandeling is een zwaarwegend argument ten faveure van het aannemen van contractdwang.

Het bovenstaande model is een poging de legitimiteit en proportionaliteit bij indirecte contractdwang te concretiseren. Het is zeker geen sluitend model, alleen al omdat er vaak meerdere rechtvaardigingsgronden tegelijk spelen en dit model uitgaat van een stappenplan, waardoor sommige rechtvaardigingsgronden buiten de boot kunnen vallen of minder nadruk krijgen. Bovendien gaat het bij indirecte contractdwang om een belangenafweging in een concreet geval, waarbij allerlei omstandigheden een rol kunnen spelen waar hier geen rekening mee is gehouden. Ook kan sprake zijn van een normschending, die ook als er geen afhankelijkheid van een noodzakelijk goed of een noodzakelijke dienst bestaat, gesanctioneerd zou kunnen worden met contractdwang, zoals schending van het gerechtvaardigd vertrouwen dat net als in het verleden weer een aanbod zou worden

-
31. Denk aan de mogelijkheid dat er een andere betaalrekening aanwezig is, een andere school beschikbaar is, een andere arts beschikbaar is of iemand bijv. reeds verzekerd is.
 32. Zie bijv. de zaak inzake *Viruswaarheid.nl*, Rb. Amsterdam 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5738.
 33. Bovendien ziet dit model op indirecte contractdwang. Het waarborgen van dergelijke fundamentele rechten kan ook grond zijn voor invoering van directe contractdwang, zoals bij de zorgverzekering.
 34. HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 (*Rasti Rostelli*), zie par. 5.2.

gedaan.³⁵ Een ander voorbeeld is dat er willekeurig toegang wordt geweigerd tot een winkel, sportfaciliteit, horecagelegenheid, zonder dat er duidelijk strijd is met een fundamenteel recht als het recht op gelijke behandeling. Indien de daar te verkrijgen goederen of diensten ook elders verkregen kunnen worden, is een contracteerplicht niet nodig om te zorgen dat die goederen of diensten kunnen worden verworven. Indien sprake is van een normschending zou die ook op andere wijze, bijvoorbeeld door schadevergoeding, kunnen worden gesanctioneerd. In het model is contractdwang dan ook niet de meest waarschijnlijke uitkomst, maar dat wil niet zeggen dat contractdwang niet voorkomt. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een openbaar aanbod dat gestand moet worden gedaan.³⁶

Ik heb bewust de keuze gemaakt om te beginnen met de vraag naar noodzakelijke goederen of diensten. Daarmee wordt het belang van de vrager, die een bepaald doel tracht te verwezenlijken door het sluiten van een overeenkomst, bewust voorop gesteld en gewogen. Als er sprake is van dergelijke noodzakelijke goederen of diensten, richt de blik zich op de mogelijke belemmeringen aan de aanbodzijde. Deze twee stappen leiden tot beantwoording van de vraag of het sluiten van deze overeenkomst met deze aanbieder nodig is om toegang te krijgen tot een noodzakelijk(e) goed of dienst. Dat is een prominente rechtvaardiging van contractdwang en daarom geeft dat naar mijn inschatting in veel gevallen wel al richting. Daar komt bij dat andere rechtvaardigingsgronden, zoals bescherming van de mededinging, al meer of minder impliciet aan de orde kunnen zijn gekomen; wellicht is er bijvoorbeeld een machtspositie van de aanbieder die de mededinging verstoort en een belemmering vormt aan de aanbodzijde. Sluitend is het model evenwel, als gezegd, zeker niet.

35. Het feit dat er eerder een contractuele relatie bestaan heeft, of zojuist geëindigd is, betekent overigens zeker niet zonder meer dat een partij dan (opnieuw) een aanbod zou moeten doen. Zie hierover par. 6.4.

36. Vgl. bijv. Rb. Maastricht 31 december 1996, ECLI:NL:RBMAA:1996:AH7096, KG 1997/91. Ik laat de vraag of de overeenkomst niet al gesloten is door aanvaarding van het openbaar aanbod hier rusten.

Literatuurlijst

Beekhuis 1953

J.H. Beekhuis, *Contract en contractsvrijheid* (rede Groningen), Groningen: J.B. Wolters 1953.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Boom 2021

W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht — over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen VBR), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

Von Brasch 2023

L. von Brasch, 'SEP-Licensing in the Value Chain — Does Art. 102 TFEU Require Licence-to-all?', *Journal of European Competition Law & Practice* (14) 2023, afl. 4.

Bregstein 1938

M.H. Bregstein, 'De ontwikkeling van de algemeene contractenleer in het B.W. van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 452 e.v.

Busche 2021

J. Busche, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2021.

Bydlinksi 1980

F. Bydlinksi, 'Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges', *Archiv für die civilistische Praxis* 180, 1980.

Cherednychenko 2007

O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, München: Sellier 2007.

Cherednychenko 2022

O.O. Cherednychenko, 'Mensenrechten, contractenrecht en internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen', *NTBR* 2022/47, afl. 10.

DCFR 2009

Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Articles and Comments*, Full edition 2009.

Dommering 1982

E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht* (Monografieën BW, deel A-7), Deventer: Kluwer 1982.

Van Duijvenvoorde & De Roos 2023

G. van Duijvenvoorde & S. de Roos, 'De Digital Markets Act: een nieuwe pijler naast het mededingingsrecht?', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2023/6, afl. 3, p. 4-12.

Eckert 2023

H.-W. Eckert, in: Hau/Poseck, *BeckOK BGB*, München: C.H. Beck 2023.

Emaus 2019

J.M. Emaus, 'Grondrechten, gamechangers. Over recente ontwikkelingen op het gebied van de doorwerking van de Europese grondrechten in het vermogensrecht', *MvV* 2019, afl. 7/8, p. 246-254.

Van Es 2014

P.C. van Es, 'Innovaties in het notariaat; een wettelijk en tuchtrechtelijk kader', *WPNR* 2014, afl. 7020, p. 471-478.

Frenk 2010

N. Frenk, 'HOOFDSTUK 10. De zorgverzekeringswet: contractdwang in overtreffende trap', in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht* (Verzekeringsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Van Gerven & Lierman 2010

W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel, veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Gierke 1889

O. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der Juristischen Gesellschaft zu Wien*, Berlijn: Verlag von Julius Springer 1889.

Gijrath 2013

S.J.H. Gijrath, 'Toepassing van het contractenrecht in de telecomunicatiesector', *WPNR* 2013, afl. 6998, p. 1092-1101.

Graef 2019

I. Graef, 'Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy', *Journal Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal (RJTM)* (53) 2019, afl. 1, p. 33-72.

Haentjens 2014

M. Haentjens, *De autonomie van de alchemist. Een beginsel van burgerlijk recht in het bankwezen* (oratie Leiden) 2013, Den Haag: Boom juridisch 2014.

Haentjens 2023

M. Haentjens, 'Tussen contractdwang en beëindigingsplicht. De bank en haar contractsvrijheid in het samenspel van publiek- en privaatrecht', *RMThemis* 2023, afl. 4, p. 225-233.

Hesselink 2002

M.W. Hesselink, 'The Politics of European Contract Law: Who has an Interest in what kind of Contract Law for Europe?', in: S. Grundmann & J. Stuyck, *An Academic Green paper on European Contract Law*, Den Haag, Londen, New York: Kluwer Law International 2002, p. 181-191.

Hondius 1999

E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

Hofer 2019

S. Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019.

Hofmann/Abas 1977

L.C. Hofmann & P. Abas, *Het Nederlands verbintenissenrecht. Deel 1, tweede gedeelte*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977.

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

Houben 2009

I.S.J. Houben, 'Het tweezijdige gelaat van de contractsvrijheid', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009.

Houben 2013

I.S.J. Houben, 'Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren, alias "regulatory" contract law', *WPNR* 2013, afl. 6998, p. 1085-1091.

Houben 2017

I.S.J. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', *AA* 2017, afl. 7/8, p. 600-609.

Houben 2020

I.S.J. Houben, 'Contractsvrijheid voor de bank? Opzegging van een betaalrekening', *MvV* 2020, afl. 7/8.

Houben & Ten Oever 2016

Houben & Ten Oever, 'EU public service obligations and their potential for human rights protection', in: M. Hesselman, A. Hallo de Wolf & B. Toebes (red.), *Socio-Economic Human Rights in Essential Public Services Provision*, Londen: Routledge 2016.

Huisman 2020

P.W.A. Huisman (red.), *Basisboek onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu 2020.

Ibáñez Colomo 2019

P. Ibáñez Colomo, 'Indispensability and Abuse of Dominance', *Journal of European Competition Law & Practice* (10) 2019, afl. 9.

Jak 2014

N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2014.

Jansen 2003

C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19e eeuw', in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom juridisch 2003.

Jansen 2015

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^e eeuw* (O&R nr. 87), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Jansen 2016

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht 1940-1992* (O&R nr. 93), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Jansen 2022

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.

Keirse & Mak 2022

A. 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* (Preadviezen NJV 2022), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Klik 1992

P. Klik, *Contractsdwang* (preadvies VBR), Lelystad: Koninklijke Vermande 1992.

De Kluiver 2023

H.J. de Kluiver, 'Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief', *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299-318.

Knops 2013

H.P.A. Knops, 'De energiesector: contractuele relaties verstrikt in een net van publiekrechtelijke regels', *WPNR* 2013, afl. 6998, p. 1109-1111.

Loth 2009

M. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Wolters Kluwer 2009.

Legemaate 2020

J. Legemaate (red.), *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Mak 2008

C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (diss. Amsterdam UvA), Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2008.

Mellema-Kranenburg 2020

T. Mellema-Kranenburg, 'De ministerieplicht van de notaris', *AA* 2020, p. 100-104.

Van der Mersch & Rijken 2022

M.F. van der Mersch & J.J. Rijken, 'Schaarste in de zorgverzekering', *TvGR* 2022, afl. 5, p. 400-412.

Meulemans 2005

E.W.M. Meulemans, 'Het overeenkomstenstelsel onder de nieuwe zorgverzekeringswet', *TvGR* 2005, afl. 1, p. 61-79.

Micklitz 2014

Hans W. Micklitz (red.), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford: OUP 2014.

De Mol 2019

M. de Mol, 'Het leerstuk van de horizontale directe werking van Uniegrondrechten op de voet gevolgd', *AA* 2019, afl. 5, p. 371-382.

Mulder 2022

J. Mulder, 'Google Shopping en het verbod op self-preferencing — een nieuwe norm voor Big Tech? Gerecht 10 november 2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 (*Google en Alphabet/Commissie*)', *M&M* 2022, afl. 2, p. 66-73.

Ten Napel 2010

H.-M. ten Napel, 'Uniformiteit boven diversiteit', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2010, afl. 1, p. 34-50.

Nieuwenhuis 1999

J.H. Nieuwenhuis, 'Contractsvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.

Noorlander 2005

Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders*, Volume I (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal publishers 2005.

Ten Oever 2023

H.A. ten Oever, *Zorginkoopovereenkomst* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2023.

Ogus 2004

A. Ogus, *Regulation: legal form and economic theory*, Oxford: Hart Publishing 2004.

Van Oven 1956

A. van Oven, *Aere perennius. Over de onvergankelijkheid van het privaatrecht* (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956.

Pavillon 2021

C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?', in: *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (preadviezen VBR), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

Paijmans 2013

B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Pennings 2022

F.J.L. Pennings, 'Heeft het Handvest van de Grondrechten van de EU meerwaarde?', *TRA* 2022/4, afl. 1, p. 16-22.

Pitlo/Gerver 1995

Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Reijnen 2018

T.F.H. Reijnen, 'De ministerieplicht van de notaris is niet onbegrensd', *WPNR* 2018, afl. 7181, p. 161-163.

Van Rooij 2017

A.E. van Rooij, *Orde in het semipublieke domein. Particuliere en publiek-private orderegulering in juridisch perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2017.

Rossel 2013

H.J. Rossel, *Huurrecht Algemeen* (R&P nr. VG4), Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Van Sasse van IJsselt 2022

P. van Sasse van IJsselt, 'Kroniek oordelen College voor de Rechten van de Mens: het recht gevrijwaard te blijven van discriminatie op grond van godsdienst of levensovertuiging in de periode 2012-2022', *NTKR* 2022, afl. 2, p. 211-237.

Sieburgh 2004

C. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

Sieburgh 2013

C. Sieburgh, 'De betekenis van grondrechten voor het algemene vermogensrecht', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 429-452.

Sijmons 2022

J.G. Sijmons, 'Schaarste en professionele autonomie', *TvGR* 2022, afl. 5, p. 388-399.

Snel & Postma 1999

R. Snel & A. Postma, 'Aansprakelijkheid van de gemeente voor de verzorging van primair onderwijs', *De Gemeentestem* 1999, afl. 7091, p. 57-66.

Storimans 2006

Th. Storimans, 'Geschiedenis en achtergronden van de wettelijke leerplicht', *JV* 2006, afl. 6, p. 9-21.

The & Geursen 2021

S.J. The & W.W. Geursen, 'Toegangsweigering in de digitale economie na de Slovak Telekom-uitspraak en onder de voorgestelde Digital Markets Act', *NTER* 2021, afl. 9/10, p. 226-253.

Voskamp 2018

S. Voskamp, *Onderwijsvereenkomst* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018.

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duvis & B.W.M. Nieskens-Isphording (red.), *Beginnelsen van contractenrecht* (Nieskens-Isphording bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.

De Vries 2016

F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Monografieën BW, deel B54), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

De Vries e.a. 2021

Y. de Vries, M.S. Klijsen & H.M. Pannekoek, 'De Commissie aan de poort: de voorgenomen regulering van techreuzen onder de Digital Markets Act', *NtER* 2021, afl. 1-2, p. 37-48.

Waaijer & Melis 2019

B.C.M. Waaijer & J.C.H. Melis, *De Notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Whish & Baily 2021

R. Whish & D. Baily, *Competition law*, Oxford: OUP 2021.

De Wit & Rooke 2023

A.P. de Wit & M.C.L. Rooke, 'Goede zorg en de afhankelijkheid van zorgaanbieders van zorg-ICT(-leveranciers). Een analyse van geconstateerde afhankelijkheden en mogelijke oplossingsrichtingen', *TvGR* 2023, afl. 4, p. 292-310.

Wijne 2021

R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst* (Monografieën BW, deel B87), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Zoontjens 2023

P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag: Boom juridisch 2023.

Deel II Contractdwang en contractvrijheid in de financiële sector

Prof. mr. D. Busch^{*}

* Prof. mr. D. (Danny) Busch is als hoogleraar Financieel Recht verbonden aan het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit. Daarnaast is hij gasthoogleraar aan de Université Côte d'Azur (Nice, Frankrijk), Senior Research Fellow aan het Harris Manchester College en Fellow aan het Commercial Law Centre, University of Oxford, raadsheer-plaatsvervanger in het hof Amsterdam en lid van de Commissie van Beroep van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (CvB KiFiD). E-mail: danny.busch@ru.nl. IFR: ru.nl/afdelingen/onderzoekcentrum-onderneming-recht/instituut-voor-financieel-recht. Met dank aan diverse collega's voor commentaar op eerdere versies van dit preadvies. Dank aan Sophie Bolhuis, Fabienne Evers en Jellis Jansen voor student-assistentie. Dit preadvies is afgerond op 28 september 2023. Met latere ontwikkelingen is in beginsel geen rekening gehouden.

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Vrijheid & contractvrijheid

Vrijheid is een fundamentele waarde in iedere democratische rechtsstaat. Zij geniet brede bescherming binnen de Europese Unie. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie erkent (1) het recht op vrijheid en veiligheid, (2) de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, (3) de vrijheid van meningsuiting en van informatie, (4) de vrijheid van vergadering en vereniging, (5) de vrijheid van kunsten en wetenschappen, (6) de vrijheid van beroep en het recht te werken, alsmede (7) de vrijheid van ondernemerschap.¹ Deze grondrechten beogen onze vrijheid zoveel mogelijk te waarborgen.

Het algemene beginsel van de contractvrijheid komt in dit rijtje niet met zoveel woorden voor, maar vormt uiteraard wel een noodzakelijke voorwaarde om de vrijheid van beroep en de vrijheid van ondernemerschap te kunnen uitoefenen.² De contractvrijheid kan dan ook onverminderd worden aangemerkt als een fundamenteel beginsel van het Europese Unierecht en uiteraard óók van ons oude vertrouwde Nederlandse contractenrecht.³

1. Zie art. 6 (het recht op vrijheid en veiligheid), 10 (de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst), 11 (de vrijheid van meningsuiting en van informatie), 12 (de vrijheid van vergadering en vereniging), 13 (de vrijheid van kunsten en wetenschappen), 15 (de vrijheid van beroep en het recht te werken) en 16 (de vrijheid van ondernemerschap) van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2012/C 326/02). Het Handvest maakt in Titel II (Vrijheden) voorts nog melding van de eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven (art. 7), de bescherming van persoonsgegevens (art. 8), het recht te huwen en het recht een gezin te stichten (art. 9) en het recht op onderwijs (art. 14).
2. In de toelichting bij het Handvest staat dat de vrijheid van ondernemerschap ex art. 16 mede gebaseerd is op de rechtspraak van het HvJ EU inzake ‘contractuele vrijheid’. Zie *PbEU* 2007, C 303/17, p. 23.
3. Zie voor het Europese Unierecht: Hartkamp 2023, nr. 139. Zie voor het Nederlandse contractenrecht: Sieburgh 2022, nr. 41 e.v. Ook in de andere Europese rechtsstelsels wordt het beginsel van de contractvrijheid erkend, zie bijv. Kötz 2016, p. 7: ‘(...) all European legal orders have adopted the principle of freedom of contract and only allow exceptions to this rule that are based on special reasons.’ Ofschoon dit geen geldend recht betreft, is het beginsel van de contractvrijheid ook terug te vinden in art. 1:102 (1) van de Principles of European Contract Law (PECL): ‘Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles’. Zie ook art. 1.1 van de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (PICC) 2016 (‘The

Onze vrijheid – en daarmee ook onze contractvrijheid – is evenwel niet onbeperkt. De vrijheid van de een om te doen of laten wat hij of zij wil gaat immers al snel ten koste van de ander. In het contractenrecht is dit niet anders. Die ander kan de (beoogde) contractuele wederpartij zijn of bijvoorbeeld een derde. Vrij algemeen wordt de bescherming van de zwakkere partij als een legitieme reden beschouwd om de contractvrijheid aan banden te leggen. Ook de behartiging van (andere) maatschappelijke belangen (dan bescherming van de zwakkere partij) kan evenwel een rechtvaardiging vormen voor inperking van de contractvrijheid.⁴

1.2 Contractvrijheid & financiële instellingen

In dit preadvies wordt gezien hoe dit krachtenspel tussen enerzijds de contractvrijheid en anderzijds de bescherming van de zwakkere partij en de behartiging van (andere) maatschappelijke belangen uitpakt voor banken en andere financiële instellingen. De contractvrijheid geldt als uitgangspunt immers ook voor hen.

De financiële sector is in dit verband een interessant geval. Het maatschappelijk belang van de financiële sector is groot. Wij lenen, sparen, beleggen, sluiten verzekeringen af en bouwen pensioen op en zijn daarmee allen afhankelijk van een goed werkende financiële sector. In het recente verleden hebben we kunnen zien wat er gebeurt als de financiële sector in crisis belandt. Banken gaan failliet, beleggingen verdampen, pensioenen worden gekort en het is voor zowel particulieren als ondernemingen moeilijker om een lening te krijgen. Het is dus begrijpelijk dat de financiële sector in vrijwel alle ontwikkelde economieën aan streng overheidstoezicht is onderworpen – al garandeert dit helaas niet dat ongelukken zijn uitgesloten.⁵ Dit toezicht is meestal toebedeeld aan gespecialiseerde financiële toezichthouders. In Nederland is dit niet anders. Zij houden toezicht op basis van een indrukwekkende – en na elke financiële crisis verder uitdijende – hoeveelheid publiekrechtelijke regels: het financieel toezichtrecht.

parties are free to enter into a contract and to determine its content’); art. II. – 1:102 (1) van het Draft Common Frame of Reference (DCFR) (‘Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules’). Dit alles wil overigens niet zeggen dat het relatieve gewicht dat aan dit beginsel toekomt niet fluctueert in de tijd. Na de Eerste Wereldoorlog, tijdens de economische crisis in de jaren 1930 en na de Tweede Wereldoorlog werd de contractvrijheid sterk beperkt door wetgeving die de gevolgen van die crises in goede banen moest leiden. Zie Jansen 2015, (o.a.) p. 267 e.v.; Jansen 2016, (o.a.) p. 84 e.v.; Jansen 2023. Zie over contractvrijheid als ‘eindsel’: Van Boom 2023.

4. Vgl. Sieburgh 2022, nr. 51 e.v. Zie specifiek in relatie tot banken: Haentjens 2023, p. 226-227.

5. Zie bijv. Arner e.a. 2019.

Het financieel toezichtrecht is tegenwoordig grotendeels afkomstig uit Brussel en moet worden aangemerkt als Europees Unierecht. Om die reden wordt in toenemende mate gesproken over ‘Europees financieel toezichtrecht’. In Nederland is het financieel toezichtrecht voor een belangrijk deel terug te vinden in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en daaruit voortvloeiende lagere regelgeving. Het is echter ook te vinden in andere wetten, zoals de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), de Sanctiewet 1977 (Sw) in combinatie met de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 (RtSw), en de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018). Daarnaast is het financieel toezichtrecht steeds vaker te vinden in rechtstreeks werkende Europese verordeningen, zoals de Prospectusverordening en de Verordening marktmisbruik, maar ook in meer gespecialiseerde verordeningen zoals de European Market Infrastructure Regulation (EMIR), de Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR) (voor een belangrijk deel van toepassing vanaf 30 december 2024), en de Europese Digital Operational Resilience Act (DORA) (van toepassing vanaf 17 januari 2025).⁶

In het vervolg zal duidelijk worden dat de contractvrijheid van financiële instellingen mede (maar niet uitsluitend) als gevolg van de strenge overheidsregulering en het strenge toezicht dat er op hen wordt uitgeoefend, in diverse opzichten aan banden is gelegd. Het valt daarbij op dat de contractvrijheid van financiële instellingen niet enkel beknot wordt in relatie tot consumenten, maar ook steeds vaker in verhouding tot andere beschermingsbehoeftige partijen zoals bedrijven behorend tot het midden- en kleinbedrijf (mkb). Ook andere overwegingen dan bescherming van de zwakkere partij kunnen leiden tot een beperking van de contractvrijheid van financiële instellingen (en van hun wederpartijen!), zoals het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering, bestrijding van belastingontduiking, naleving van sanctiewetgeving, het waarborgen van de financiële stabiliteit, bescherming van mensenrechten en duurzaamheidsoverwegingen.

1.3 Terminologie & reikwijdte van dit preadvies

1.3.1 Contractvrijheid

Contractvrijheid omvat de volgende aspecten: (1) de vrijheid om te beslissen of een contract wordt aangegaan, (2) de vrijheid om te beslissen met wie

6. Verordening (EU) 2017/1129 (Prospectusverordening); Verordening (EU) 596/2014 (Verordening marktmisbruik); Verordening (EU) 648/2012 (EMIR); Verordening (EU) 2022/2554 (DORA); Verordening (EU) 2023/1114 (MiCAR).

een contract wordt aangegaan, (3) de vrijheid om de inhoud van een contract te bepalen, en (4) de vrijheid om een contract weer te beëindigen.⁷

1.3.2 Contractdwang

Als een bank of andere financiële instelling een bepaald type financieel contract met een bepaald type wederpartij (in bepaalde omstandigheden) *moet* aangaan, spreek ik in dit preadvies over contractdwang of een contracteerplicht. Contracteerplichten maken niet alleen een inbreuk op de vrijheid om te beslissen *of* een contract wordt aangegaan, maar ook op de vrijheid om te beslissen *met wie* een contract wordt aangegaan.⁸

1.3.3 Andere inperkingen van de contractvrijheid

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. 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 een compleet beeld te kunnen schetsen is het onvermijdelijk dat ik in dit preadvies ook inga op de diverse andere wijzen waarop de contractvrijheid van financiële instellingen aan banden wordt gelegd.

Ik behandel in dit preadvies daarom niet alleen gevallen van contractdwang (en gevallen die daarbij dicht in de buurt komen), maar ook gevallen 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

7. Houben benoemt de vrijheid om een contract ook weer te beëindigen niet als een afzonderlijk element van de contractvrijheid, zie par. 1.1 van haar preadvies en Houben 2005, p. 2. Dat is begrijpelijk. Partijen zullen de gevallen waarin (en de voorwaarden waaronder) een contract weer beëindigd moet of mag worden, immers opnemen in het contract, zodat dit element onderdeel is van de vrijheid om de contractinhoud te bepalen. Ik heb dit element er evenwel uitgelicht, omdat de vrijheid van financiële instellingen om een contract te beëindigen in diverse opzichten aan banden is gelegd, zodat een afzonderlijke benoeming (en behandeling, zie hierna) hiervan mij nuttig leek.
8. Houben omschrijft contractdwang primair als een inbreuk om te beslissen *of* een overeenkomst wordt aangegaan, onder de toevoeging dat contractdwang vaak gepaard gaat met (i) een beperking van de vrijheid van keuze van contractpartner en (ii) een beperking van de vrijheid om zelf de inhoud van het contract te bepalen. Zie het preadvies van Houben, par. 1.1 en Houben 2005, p. 2-3. Klik geeft de volgende omschrijving: 'Bij contractsdwang gaat het om de vraag of er een verplichting bestaat om met een ander de door deze gewenste contractuele rechtsbetrekking aan te gaan.' Zie Klik 1992, p. 1-4.

een transactie dus weigeren. In dit preadvies spreek ik daarom veelal over weigeringsplichten. Men zou ook kunnen spreken over contracteer- en transactieverboden, of over negatieve contractdwang. In de praktijk zal het echter veelal zo zijn dat de bank of andere financiële instelling door klanten of andere wederpartijen wordt benaderd om een contract aan te gaan of een transactie uit te voeren, vandaar dat ik veelal de term ‘weigeringsplicht’ bezig. Als ik een geval bespreek waarin de financiële instelling (normaal gesproken) zélf de eerste stap zet, zal ik (mede) spreken over een contracteer- of transactieverbod.⁹ Hoe dan ook: weigeringsplichten (contracteer- en transactieverboden, negatieve contractdwang) maken een inbreuk op de vrijheid om te beslissen *of* een contract wordt aangegaan dan wel *of* een transactie wordt uitgevoerd.

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. In dit preadvies worden enkele in het oog springende tendensen en ontwikkelingen op dit vlak besproken.

Tot slot zijn financiële instellingen 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. Ik spreek in dit preadvies dan over beëindigingsplichten. Daarnaast zijn er gevallen waarin de financiële instelling wil beëindigen en hiertoe volgens het contract ook bevoegd is en er ook geen specifiek wettelijk voorschrift in de weg staat aan 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. Ook deze inperkingen van de contractvrijheid van financiële instellingen komen in dit preadvies aan bod.

1.3.4 Banken & andere financiële instellingen

In dit preadvies zal blijken dat vooral de contractvrijheid van banken in diverse opzichten, langs verschillende wegen en in toenemende mate wordt ingeperkt. Maar ook allerlei andere financiële instellingen ontsnappen niet aan deze tendens. Bij ‘andere financiële instellingen’ kan bijvoorbeeld gedacht worden aan aanbieders van consumptief krediet, aanbieders van hypotheckrediet aan consumenten, beleggingsdienstverleners en betaaldienstverleners. Dit soort activiteiten en diensten wordt natuurlijk aangeboden door banken, maar (al dan niet in toenemende mate) zeker ook door

9. Zie voor het gebruik van de term ‘contracteerverbod’ bijv. Van der Wiel & Van Aerde 2013, p. 519.

andere partijen. Men kan bij ‘andere financiële instellingen’ ook denken aan crowdfundingdienstverleners, aanbieders van cryptoactivadiensten en bijvoorbeeld trustkantoren.¹⁰

1.3.5 De zwakkere partij

Hierboven viel de term ‘zwakkere partij’ al enkele malen. Consumenten en mkb-bedrijven werden als voorbeelden genoemd. Maar wat maakt een partij nu eigenlijk ‘zwak’? De zwakte kan bestaan in onvoldoende kennis van en ervaring met financiële producten en diensten. De zwakte kan er ook in gelegen zijn dat iemand in een kwetsbare financiële en/of sociale positie verkeert. Zwakte kan ook zijn dat een partij over te weinig cognitieve capaciteit beschikt om verschillende opties tegen elkaar af te wegen of om een juiste risico-inschatting te maken. Een gebrek aan cognitieve capaciteit kan ook inhouden dat een partij er niet in slaagt alle relevante informatie te lezen, te begrijpen en te gebruiken (welk normaal persoon slaagt er wel in de documentatie ter zake van een relatief eenvoudig financieel product als een hypothecaire lening in al zijn facetten echt te bevatten, laat staan een lijvig prospectus dat een bedrijf dat naar de beurs gaat moet publiceren?). Een partij kan ook lijden aan zelfoverschatting of aan overmatig optimisme (het gaat vaak hand in hand, en wie lijdt er niet bij tijd en wijle aan?). ‘Zwakkere partij’ kent ook een relatieve dimensie. De zwakkere partij is immers ‘zwak’ in zijn verhouding tot de financiële instelling, die juist over heel veel informatie, kennis en ervaring beschikt en over het algemeen ook zeer kapitaalkrachtig zal zijn. Hieruit vloeit ook voort dat de financiële instelling meestal de bovenliggende partij is en de wederpartij geen of maar zeer beperkte onderhandelingsruimte zal hebben.¹¹

1.3.6 Civielrechtelijke zorgplicht

Op diverse plaatsen in dit preadvies passeert de civielrechtelijke (civiele) zorgplicht de revue. In theorie en praktijk wordt veelal een onderscheid gemaakt tussen de *bijzondere* en de *algemene* zorgplicht van banken en andere financiële instellingen. Een strikt onderscheid tussen beide typen zorgplichten valt niet goed te maken. Het onderscheid tussen de algemene

10. Juristen gespecialiseerd in het financieel toezichtrecht gebruiken als overkoepelende term veeleer het begrip ‘financiële onderneming’ omdat dit in de Wft nu eenmaal de meest omvattende term is, terwijl in de Wft het begrip ‘financiële instelling’ gereserveerd is voor een zeer specifiek type instelling/onderneming, zie art. 1:1 Wft. In navolging van het dagelijks spraakgebruik bezig ik in dit preadvies de term ‘financiële instelling’ als overkoepelende term. Bij ‘financiële instellingen’ kan men ook denken aan verzekeraars. Zij komen in dit preadvies slechts zijdelings aan bod.

11. Zie hierover recentelijk Bouwman 2023, p. 69-72, 231 e.v. (met verdere verwijzingen).

en de bijzondere zorgplicht is veeleer vloeiend.¹² Beide zijn open normen die uiteindelijk geworteld zijn in de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid, terwijl de invulling in beide gevallen afhangt van de omstandigheden van het geval, al is dat laatste in gevallen van massaschade niet altijd onverkort vol te houden.¹³ Het gaat hoe dan ook niet om het etiket dat men erop plakt, maar om de verplichtingen die in een concreet geval voortvloeien uit de zorgplicht, of we die nu bijzonder of algemeen noemen. Ik laat de zin en onzin van dit onderscheid op deze plaats verder rusten.¹⁴ In dit preadvies zal ik veelal in generieke zin kortweg spreken over de ‘civiele zorgplicht’ of ‘zorgplicht’.

1.4 Evaluatiecriteria: legitimiteit, proportionaliteit & consistentie

De diverse beperkingen van de contractvrijheid van financiële instellingen worden in dit preadvies aan de hand van de volgende drie criteria geëvalueerd.

De contractvrijheid is een fundamenteel beginsel. Een inperking van de contractvrijheid moet daarom steeds een legitiem (gerechtvaardigd) doel dienen. Dit is niet anders als de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen in het geding is. 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

12. Aldus ook De Serière 2021, p. 757 (‘Waar in praktische termen de “gewone” zorgplicht ophoudt en de “bijzondere” zorgplicht overneemt, blijft overigens in het ongewisse’). Zie nader over de civiele zorgplicht: De Serière 2023a, hfdst. 10 (met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur); Busch & Van Dam 2017 (rechtsvergelijkend).
13. Gelet op het feit dat het hier om massaschade ging, heeft de Hoge Raad in zijn arresten uit 2009 over effectenleaseproducten met opzet geabstraheerd van de omstandigheden van het geval om zoveel mogelijk rechtszekerheid te bieden voor de verdere afwikkeling. Zie o.a. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815. Veel heeft het helaas niet geholpen, gelet op het bedroevend grote aantal malen dat er tot aan de Hoge Raad is geprocedeerd over allerlei aspecten van effectenleaseproducten. Zie daarover Vranken 2020; De Waal & Van der Hoek 2022; Tromp 2023.
14. Zie over het onderscheid tussen de bijzondere en algemene zorgplicht: HR 10 juli 2020, ECLI:2020:1274 & 1276, r.o. 2.9.1-2.9.2; Concl. A-G J.B.M.M. Wuisman 13 mei 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6921, nr. 2.12; plv. P-G C.L. de Vries Lents-Kostense 20 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:674, nr. 16; Concl. A-G M.H. Wissink 13 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1057, nr. 3.5-3.8. Zie ook Bierens 2013a, par. 3.1; Broekhuizen 2016, p. 116-157; Broekhuizen 2018a; Busch 2020, p. 460-462 (par. 6.3).

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.

Tot slot vertonen de diverse inperkingen van de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen bij voorkeur ook enige consistentie.¹⁵

1.5 **Gevolgen van het niet respecteren van inperkingen van de contractvrijheid**

1.5.1 **Algemeen**

Als de diverse inperkingen van de contractvrijheid die in dit preadvies worden behandeld, niet worden gerespecteerd door de financiële instelling, rijst de vraag wat hiervan de gevolgen kunnen zijn. Die gevolgen kunnen civielrechtelijk, strafrechtelijk en/of toezichtrechtelijk van aard zijn.

1.5.2 **Civilrechtelijke gevolgen**

Bij civilrechtelijke gevolgen kunnen we denken aan nietigheid en vernietigbaarheid van een contract of transactie of delen daarvan, aan schadevergoeding en aan een rechterlijk bevel of verbod.

De regels die in het navolgende nog aan bod komen zijn (veelal) van dwingend recht. Toch zijn bancaire en andere financiële contracten en transacties die in strijd met deze regels zijn gesloten veelal niet nietig of vernietigbaar uit hoofde van artikel 3:40 lid 2 BW. Artikel 1:23 Wft heeft daar omwille van de rechtszekerheid een stokje voor gestoken, want het bepaalt in lid 1 dat rechtshandelingen in strijd met regels bij of krachtens de Wft niet uit dien hoofde aantastbaar zijn¹⁶ (tenzij de Wft anders bepaalt,

15. Zie deels in vergelijkbare zin Haentjens 2023, p. 232: '[a]ndere belangen [mogen] vóór de contractvrijheid [...] 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 geldt de mate waarin de coherentie van het rechtssysteem behouden blijft.' Coherentie/consistentie enerzijds en proportionaliteit anderzijds zie ik zelf overigens veeleer als twee afzonderlijke grootheden.

16. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393: 'Voor deze benadering is gekozen omdat toepassing van het tweede lid van artikel 3:40 van het BW leidt tot grote rechtsonzekerheid op de financiële markten. Rechtshandelingen kunnen immers nog geruime tijd worden vernietigd of nietig worden verklaard. Dit is ongewenst. Goed functionerende financiële markten zijn gebaat bij vertrouwen en continuïteit. Verder geldt dat wanneer een overeenkomst op dergelijke wijze wordt aangetast reeds gepresteerde handelingen ongedaan gemaakt dienen te worden. Dit is in de financiële toezichtwetgeving in de meeste gevallen moeilijk of zelfs onmogelijk. Deze onzekerheid wordt door artikel 1:23 Wft, in het ontwerp was dit nog art. 1:6p Wft, DB] weggenomen.'

maar die uitzonderingsgevallen worden in dit preadvies niet besproken¹⁷). Artikel 1:23 Wft reflecteert ook het voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wft geldende recht.¹⁸

Als gezegd, steeds vaker is het financieel toezichtrecht niet opgenomen in de Wft en de lagere regelgeving, maar in rechtstreeks werkende Europese verordeningen, zoals de Marktmisbruikverordening en de Prospectusverordening. Rechtshandelingen verricht in strijd met regels gesteld bij of krachtens dit soort rechtstreeks werkende verordeningen zijn evenmin uit dien hoofde aantastbaar (tenzij de relevante verordening dwingend bepaalt dat dit wel het geval is), zo blijkt uit artikel 1:23 lid 2 Wft.

Een rechtshandeling kan in theorie nog steeds nietig zijn als deze door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW), maar dit zal in de praktijk vermoedelijk slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan de orde zijn.¹⁹

Hierboven bleek dat er ook nog andere toezichtwetten bestaan, zoals de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), de Sanctiewet 1977 (Sw) in combinatie met de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 (RtSw) en de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018). De regels die bij of krachtens deze wetten gelden en die hierna nog aan bod komen, zijn (veelal) van dwingend recht. Een bepaling vergelijkbaar met artikel 1:23 Wft ontbreekt echter in deze wetten. Ik neig ernaar artikel 1:23 Wft analoog toe te passen omwille van de rechtszekerheid, maar rechtspraak is hierover voor zover ik weet niet voorhanden.

Sommige van de dwingendrechtelijke regels die hierna nog aan bod komen, zijn niet opgenomen in de financiële toezichtregels, maar ‘gewoon’ in het Burgerlijk Wetboek (BW).²⁰ Voor die regels geldt juist dat artikel 3:40 lid 2 BW onverkort van toepassing is (tenzij een bijzondere bepaling uit het BW

17. Zie bijv. art. 4:74 lid 4 Wft.

18. Zie HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, r.o. 3.4.2 (*Van Hees q.q./Y*): ‘Anders dan de curator betoogt, kan uit de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige art. 1:23 Wft niet worden afgeleid dat het aldaar bepaalde – dat rechtshandelingen in strijd met de Wft niet uit dien hoofde aantastbaar zijn, tenzij anders bepaald – afwijkt van het voordien onder de Wtk en Wte geldende recht. Ingevolge art. 3:40 lid 3 mist de sanctie van lid 2 dus toepassing.’

19. Zie nader De Serië 2023a, hfdst. 11 (met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur).

20. Zie bijvoorbeeld voor (i) consumptief krediet art. 7:83 BW, (ii) voor hypothecair krediet aan consumenten art. 7:128c BW, en (iii) voor betaaldienstverlening art. 7:550 lid 1 BW.

iets anders bepaalt).²¹ Op het punt van consistentie scoort dit verschil nogal zwak, want of een gedragsregel in het BW of in de Wft terecht komt lijkt niet te zijn ingegeven door principiële overwegingen.

Maar of artikel 1:23 Wft nu wel of niet (analoog) van toepassing is, er zijn ook andere wegen dan artikel 3:40 lid 2 (en lid 1) BW die ertoe kunnen leiden dat een contract geheel of ten dele vernietigd kan worden.

Denk bijvoorbeeld aan vernietiging van een bancaire of ander financieel contract op grond van dwaling (art. 6:228 BW). Wat betreft de mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, is het uitgangspunt dat daaraan is voldaan als in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van het financiële product.²²

Ook kan gedacht worden aan de vernietiging van onredelijk bezwarende (oneerlijke) bedingen in algemene voorwaarden (art. 6:233, aanhef, en onder (a) BW). De afgelopen jaren is duidelijk geworden dat banken en andere financiële instellingen in toenemende mate rekening moeten houden met het (ook ambtshalve) oordeel van de civiele rechter dat clausules in bancaire en andere financiële contracten met consumenten onredelijk bezwarend en daardoor vernietigbaar zijn.

Daarnaast kan gedacht worden aan schadeclaims gebaseerd op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), wanprestatie (art. 6:74 BW), oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a e.v. BW) en misleidende en vergelijkende reclame (art. 6:194 e.v. BW).²³ Schadeclaims ingesteld door de zwakkere partij wegens schending van wettelijke bepalingen die hem (de zwakkere partij) beogen te beschermen, zullen over het algemeen niet afstuiten op het relativiteitsvereiste (6:163 BW). Of schadeclaims van derden uit hoofde van een schending van bepalingen uit de Wwft, de Wtt 2018 en bijvoorbeeld

21. Zie Biemans & Van Schaick 2021, nr. 83 (consumptief krediet) en nr. 180 (hypothecair krediet aan consumenten).

22. Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.4.4 en 4.4.5 (*effectenlease*); HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, r.o. 3.5.6 (*renteswap*); HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, r.o. 4.2.3 (*renteswap*); HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, r.o. 4.2.2 (*renteswap*). In de laatstgenoemde uitspraak werd het beroep op dwaling door het Amsterdamse hof gehonoreerd en de Hoge Raad liet deze uitspraak in stand. Zie over een beroep op dwaling in relatie tot bancaire en andere financiële producten bijv. Castermans & Den Hollander 2012; Ancery 2017.

23. Zie ook art. 6:193j lid 3 BW, op grond waarvan een overeenkomst die als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, kan worden vernietigd. Zie voor een expliciete link tussen enerzijds de toezichtrechtelijke informatieplichten uit hoofde van art. 4:20 Wft en anderzijds claims gebaseerd op oneerlijke handelspraktijken art. 6:193f, aanhef, en onder (e) BW.

de EU-sancties tegen Rusland door een of beide contractpartijen altijd de toets van het relativiteitsvereiste kunnen doorstaan, is minder zeker, maar lijkt mij zeker niet ondenkbaar.²⁴

Tot slot kan in bepaalde gevallen worden gedacht aan een rechterlijk bevel of verbod (art. 3:296 lid 1 BW). Denk bijvoorbeeld aan een vordering (veelal in kort geding) om een bank (i) te bevelen een betaalrekening te verstrekken of (ii) te verbieden een betaalrekening te beëindigen.²⁵

1.5.3 Strafrechtelijke & toezichtrechtelijke gevolgen

De hierboven genoemde civielrechtelijke gevolgen zullen voor financiële instellingen zeker een incentive vormen om de in dit preadvies te bespreken inperkingen van de contractvrijheid ook te respecteren. In sommige gevallen zal de financiële instelling evenwel bevreesder zijn voor strafrechtelijke en toezichtrechtelijke (bestuursrechtelijke) gevolgen. Aan alle in dit preadvies te bespreken wettelijke beperkingen van de contractvrijheid die te vinden zijn in de financiële toezichtreggeving zijn bestuursrechtelijke en veelal ook strafrechtelijke sancties verbonden. Van beide geef ik een voorbeeld.

Voorbeeld 1. De afgelopen jaren hebben de anti-witwasregels ingrijpende strafrechtelijke gevolgen gehad voor met name de Nederlandse grootbanken. Zo heeft het Nederlandse openbaar ministerie (OM) met ING een megaschikking (transactie) van € 775 miljoen getroffen wegens ernstige nalatig-

24. In Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611 kwam ING bepaalde verdachte transacties op het spoor door naleving van de Wwft. ING onderzocht vervolgens niet tijdig of sprake was van fraude gepleegd door haar rekeninghouder jegens Footlocker (die bankierde bij een andere bank dan ING en dus ten opzichte van ING als derde moest worden aangemerkt), waardoor ING de rekening van haar rekeninghouder te laat blokkeerde en Footlocker meer schade leed dan bij tijdige blokkering het geval was geweest. In die zaak werd aangenomen dat ING door aldus te handelen haar bijzondere zorgplicht jegens de derde (Footlocker) had geschonden en schadeplichtig was. Overigens werd de voor vergoeding in aanmerking komende schade wel met 50% verminderd wegens eigen schuld, want Footlocker had als groot internationaal opererend bedrijf ook wel wat alerter mogen zijn op de fraude. In deze zaak ging het weliswaar niet (bijvoorbeeld) om schade veroorzaakt doordat de bank in weerwil van de weigeringsplicht uit hoofde van art. 5 lid 1 Wwft de klantrelatie toch aangaat, maar het illustreert wel dat althans het hof Amsterdam bereid was om schade toe te kennen aan derden die het slachtoffer worden van fraude doordat de bank te traag reageerde. Toekenning van schade aan een derde doordat de bank (bijvoorbeeld) de weigeringsplicht van art. 5 lid 1 Wwft schendt ligt in essentie in dezelfde lijn en lijkt me daarom zeker niet ondenkbaar. Vgl. ook HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, r.o. 2.4, voorlaatste alinea (*ISG/Natwest*). Vgl. voorts Rb. Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986, r.o. 4.12; Rb. Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898, r.o. 4.14.

25. Zie voor diverse voorbeelden uit de rechtspraak: hfdst. 3, par. 3.2.2.2, hfdst. 4, par. 4.2.2 en 4.3.2, hfdst. 7, par. 7.2.2, par. 7.6.2-7.6.6, par. 7.7.1-7.7.3.

heid bij het voorkomen van witwassen. Om vergelijkbare redenen heeft ABN AMRO in het kader van een transactie € 480 miljoen aan de Staat betaald.²⁶

Voorbeeld 2. Als financiële instellingen niet voldoen aan hun verplichtingen uit hoofde van de sanctiewetgeving, dan kan de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) dan wel De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) een aanwijzing geven, een last onder dwangsom opleggen en/of een bestuurlijke boete opleggen. De exacte bedragen van de boetes worden op grond van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector vastgesteld en zijn onder andere afhankelijk van de ernst en duur van de overtreding, het verkregen voordeel van de overtreder, de gevolgen voor het financiële stelsel en de verwijtbaarheid. De wet geeft voor het overtreden van de screeningsverplichtingen uit hoofde van de RtSw een kader met een basisboetebedrag van € 500.000 en een maximumbedrag van € 1.000.000. Voor een overtreding van de Sw kan een boete van maximaal € 4 miljoen worden opgelegd. Is echter nog geen vijf jaar verstreken sinds het opleggen van een bestuurlijke boete voor eenzelfde overtreding, dan kan dit maximum worden verdubbeld. Daarnaast kan de bestuurlijke boete worden vastgesteld op ten hoogste twee keer het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen, indien diens voordeel groter is dan € 2 miljoen.²⁷ Kortom, het kan gaan om forse bedragen.

1.6 Opbouw van dit preadvies

Dit preadvies is als volgt opgebouwd.

Ik begin met een bespreking van de belangrijkste gevallen waarin de financiële instelling het aangaan van een contract of het uitvoeren van een transactie moet weigeren (weigeringsplicht). In hoofdstuk 2 worden de weigeringsplichten besproken die strekken ter bescherming van de (beoogde) contractpartij van de financiële instelling, die wordt beschouwd als de zwakkere partij. In hoofdstuk 3 volgt een bespreking van enkele gevallen waarin de weigeringsplicht ertoe strekt integriteitsrisico's, schending van mensenrechten en milieuschade zoveel mogelijk te voorkomen.

Daarna volgt een bespreking van situaties waarin de financiële instelling een contract juist moet aangaan (contractdwang of contracteerplicht). In hoofdstuk 4 bespreek ik gevallen waarin de contracteerplicht ertoe strekt de (beoogde) contractpartij van de financiële instelling te beschermen, die

26. Zie nader: hfdst. 3, par. 3.2.1.

27. Zie nader: hfdst. 3, par. 3.3.1.

wordt beschouwd als de zwakkere partij. In hoofdstuk 5 volgt een bespreking van gevallen van contractdwang die beogen een bijdrage te leveren aan de financiële stabiliteit.

Hoofdstuk 6 laat zien dat de vrijheid om de contractinhoud te bepalen voor financiële instellingen langs diverse wegen en om verschillende redenen aan banden is gelegd, en bespreekt enkele in het oog springende tendensen en ontwikkelingen.

Ook als het gaat om de beëindiging van contracten zijn financiële instellingen niet geheel vrij. Deze inperkingen van de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen komen in hoofdstuk 7 aan bod.

Hoofdstuk 8 sluit af met een synthese en werpt een blik op de toekomst.

Hoofdstuk 2

Weigeringsplichten & de zwakkere partij

2.1 Inleiding

Weigeringsplichten zijn in de financiële sector inmiddels een bekend (maar nog steeds relatief uitzonderlijk) fenomeen en hebben gemeen dat een wettelijk voorschrift bepaalt dat het een financiële instelling (in bepaalde omstandigheden) verboden is een bepaald type contract te sluiten, dan wel een bepaald type transactie uit te voeren, met een bepaald type wederpartij. In die gevallen zal de financiële instelling dus moeten weigeren het contract aan te gaan dan wel moeten weigeren de transactie uit te voeren. Weigeringsplichten maken een inbreuk op de vrijheid om te beslissen *of* een contract wordt aangegaan dan wel *of* een transactie wordt uitgevoerd. Het doel van deze weigeringsplichten is veelal gelegen in de bescherming van de (beoogde) contractpartij van de financiële instelling, die wordt beschouwd als de zwakkere partij. Die gevallen worden in dit hoofdstuk besproken.

2.2 Overkreditering

Een eerste voorbeeld van een weigeringsplicht betreft het wettelijk verbod op overkreditering. Sinds 1 januari 2006 moeten banken (en andere professionele aanbieders) krediet aan een consument weigeren als verstrekking ‘onverantwoord’ zou zijn (zie thans art. 4:34 lid 2 Wft).¹ Wat onverantwoord is, wordt inmiddels *en détail* uitgewerkt in lagere regelgeving, te weten in

1. De aanbieder mag evenmin overgaan tot een belangrijke verhoging van (i) de kredietlimiet en (ii) de som van de bedragen die op grond van een bestaande kredietovereenkomst aan de consument ter beschikking zijn gesteld, indien dit met het oog op overkreditering van de consument onverantwoord is. Zie art. 4:34 lid 2 Wft. Art. 4:34 Wft vormt de implementatie van zowel art. 8 Richtlijn consumentenkrediet (Richtlijn 2008/48/EG) als art. 18-20 Richtlijn hypothecair krediet (Richtlijn 2014/17/EU), al treffen we een (expliciete) weigeringsplicht enkel aan in art. 18 lid 5 onder (a) Richtlijn hypothecair krediet. Dit laatste betekent evenwel nog niet dat het wettelijk verbod op overkreditering ex art. 4:34 lid 2 Wft in relatie tot consumptief krediet in strijd is met Europees recht, nu de exacte invulling van art. 8 Richtlijn consumentenkrediet wordt overgelaten aan de lidstaten, waardoor in dit opzicht niet van geharmoniseerde bepalingen kan worden gesproken waarvan de lidstaten niet mogen afwijken. Zie nader (met verdere literatuurverwijzingen): Van der Wiel & Van Aerde 2013, p. 529. Art. 4:34 Wft kent voorgangers in art. 28 Wet op het consumentenkrediet (WCK), art. 51 Wet op de financiële dienstverlening (Wfd) en gedragscodes. Zie nader: Biemans & Van Schaick 2021, nr. 198; Broekhuizen & Labeur 2006; Van der Wiel & Van Aerde 2013.

artikel 115 van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgfo) en (specifiek voor hypothecair krediet) de Tijdelijke regeling hypothecair krediet (deze regeling wordt jaarlijks gewijzigd). Hierdoor wordt de contractvrijheid van de aanbieder beperkt.

Uiteraard strekt het wettelijk verbod op overkreditering er primair toe de zwakkere partij (in dit geval: de consument-leningnemer) te beschermen tegen een te hoge schuldenlast. In toenemende mate beoogt het verbod op overkreditering in relatie tot hypothecair krediet evenwel óók een bijdrage te leveren aan de energietransitie door verduurzaming van woningen te stimuleren (duurzaamheidsoverwegingen). Zo wordt bij de leennormen die gelden vanaf 1 januari 2024 rekening gehouden met het gebouwgebonden energieverbruik van een woning met energielabel E, F of G. Voor de aankoop van een woning met een dergelijk energielabel zal hierdoor de leenruimte verkrappen en is dus eerder sprake van overkreditering. Voor de aankoop van een woning met een beter energielabel kan een consument meer lenen en is dus minder snel sprake van overkreditering. Indien een consument daarnaast energiebesparende voorzieningen wil financieren kan afhankelijk van het energielabel van de woning een extra bedrag worden geleend.² Natuurlijk, wie minder energie verbruikt is goedkoper uit en kan dus meer lenen, maar het is zeker ook goed voor het milieu.

In de praktijk lijkt men zich ervan bewust te zijn dat een schending van het wettelijk verbod op overkreditering zich goed leent voor een rechtstreeks daarop gebaseerde schadeclaim, los van een beroep op schending van de zorgplicht (die gebaseerd is op het ongeschreven recht).³ Dat in dit soort gevallen normaal gesproken voldaan zal zijn aan het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) lijkt mij evident.⁴

Van terugwerkende kracht van dit wettelijk verbod op overkreditering (in de zin van een op kredietverstrekkers rustende weigeringsplicht) wil de Hoge Raad in beginsel niet weten.⁵ Dat lijkt mij terecht, want het opleggen van een dergelijke ingrijpende inperking van de contractvrijheid van kredietverstrekkers zonder een specifieke wettelijke basis zou op zeer gespannen voet komen te staan met de rechtszekerheid.

2. Ik ben in de hoofdtekst uitgegaan van het consultatiedocument Wijzigingsregeling hypothecair krediet 2024, zie internetconsultatie.nl/regelinghypothecairkrediet2024/b1. De uiteindelijke regeling kan dus anders luiden.

3. Zie bijv. subonderdeel 1.2 van het cassatiemiddel van de consument tegen Hof Amsterdam 10 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2428, te kennen uit de Concl. plv. P-G Wissink 9 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:806, nr. 2.2 en 2.6 e.v. De Hoge Raad deed de zaak af op basis van art. 81 lid 1 RO, zie HR 2 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1796.

4. Zie aldus bijv. Rb. Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:7844, r.o. 5.17.

5. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.9, 2^e alinea.

In ander opzicht schuwt de Hoge Raad het niet aan de toezichtregels soms terugwerkende kracht toe te kennen. De Hoge Raad oordeelde dat banken ook al tussen 1999 en 2003 op grond van hun bijzondere zorgplicht (ongeschreven recht) voorafgaand aan het verlenen van hypothecair krediet aan een consument inlichtingen moesten inwinnen over diens inkomens- en vermogenspositie om overkreditering te voorkomen. Dat deze verplichting pas nadien in regelgeving is vastgelegd, laat voor de Hoge Raad onverlet dat de norm al voordien tot ontwikkeling was gekomen in zelfregulering.⁶ De vastlegging in geschreven recht vormde veeleer de bevestiging daarvan. De zorgplicht van de bank om te waken tegen overkreditering bracht verder mee dat de bank de consument over de resultaten van haar onderzoek diende te informeren op een zodanige wijze dat de consument kon beoordelen of hij de verplichtingen uit de kredietovereenkomst zou kunnen (blijven) dragen. Voorts diende de bank de consument voor wie de kredietverstrekking mogelijk niet verantwoord was, daarop te wijzen, en hem voor het daaraan verbonden risico te waarschuwen.⁷ Maar daar trekt de Hoge Raad de grens. Banken waren destijds in beginsel niet verplicht onverantwoorde kredietverstrekking te weigeren als de consument – na adequate voorlichting of waarschuwing – ervoor koos de hypothecaire lening toch aan te gaan.⁸

2.3 Marginverplichting

2.3.1 Hoofdregeel: weigeringsplicht

Het meest bekende voorbeeld van een weigeringsplicht is ongetwijfeld de zogenaamde ‘marginverplichting’ die door (onder meer) banken in acht moet worden genomen als hun cliënten bijvoorbeeld putopties ‘schrijven’ (verkopen).

In relatie tot niet-professionele beleggers (zoals particulieren en mkb’ers), volgt uit artikel 85 en 86 Bgfo, dat (onder meer) een bank (1) geen transactie voor rekening van de cliënt uitvoert als de op naam van de cliënt aanwezige

-
6. Deze verplichting staat nu in art. 4:34 lid 1 Wft en luidt als volgt: ‘Voor de totstandkoming van een overeenkomst inzake krediet, of een belangrijke verhoging van de kredietlimiet, dan wel de som van de bedragen die op grond van een bestaande overeenkomst inzake krediet aan de consument ter beschikking zijn gesteld, wint een aanbieder van krediet in het belang van de consument informatie in over diens financiële positie en beoordeelt hij, ter voorkoming van overkreditering van de consument, of het aangaan van de overeenkomst onderscheidenlijk de belangrijke verhoging verantwoord is.’
 7. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.6-4.2.9, 1^e alinea. Zie ook HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298. Zie over dit fenomeen ook: Van Boom 2020, p. 208-214 (Van Boom spreekt in dit verband over ‘temporele wisselwerking’).
 8. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.9, 2^e alinea.

saldi (margin) ontoereikend zijn om aan de verplichtingen te voldoen die voortvloeien uit die transactie (bijvoorbeeld een optietransactie); (2) erop toeziet dat cliënten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortvloeien (zoals optietransacties) voortdurend over voldoende saldi (margin) beschikken om te voldoen aan hun actuele verplichtingen die uit die posities voortvloeien; (3) erop toeziet dat een cliënt die over onvoldoende saldi (margin) beschikt om te voldoen aan de actuele verplichtingen die voortvloeien uit posities in financiële instrumenten, zekerheden stelt waaruit die verplichtingen kunnen worden voldaan; en (4) indien de cliënt geen zekerheden kan stellen, de posities zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen vijf werkdagen sluit, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen.⁹

Bij ‘cliënten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortvloeien’ kan gedacht worden aan een cliënt die een putoptie ‘schrijft’ (verkoopt) met betrekking tot 100 aandelen Shell. De koper van de putoptie heeft het recht om binnen de looptijd van de optie zijn 100 aandelen Shell te verkopen aan de ‘schrijver’ (verkoper) van de putoptie tegen de in het optiecontract overeengekomen prijs. De koper zal zijn putoptie uitoefenen als zijn optie *in the money* is, dat wil zeggen als de prijs in het optiecontract waartegen hij zijn aandelen Shell kan verkopen *hoger* ligt dan de actuele beurskoers van het aandeel Shell. Als de koper zijn putoptie

9. Art. 85 en 86 Bgfo spreken overigens niet over ‘banken’ maar over ‘beleggingsondernemingen’. Banken verlenen in de praktijk meestal ook beleggingsdiensten (ontvangen en doorgeven van cliëntorders, execution only-diensten, beleggingsadvies, individueel vermogensbeheer) en moeten in dat geval in toezichtrechtelijke zin niet enkel als bank worden aangemerkt, maar ook als beleggingsonderneming. Het komt natuurlijk ook voor dat een entiteit een beleggingsonderneming is zonder tevens een bank te zijn. Hoe dan ook, langs de hier geschetste weg zijn banken die beleggingsdiensten verlenen gebonden aan art. 85 en 86 Bgfo. Zie nader over het begrip beleggingsonderneming bijv. Broekhuizen 2022; Busch 2021a. Uit art. 51 Vrijstellingsregeling Wft (Vr.Wft) volgt dat art. 85 en 86 Bgfo alleen gelden in relatie tot ‘niet-professionele beleggers’ (zoals particuliere beleggers en mkb’ers). Zie de definities van ‘niet-professionele beleggers’ en ‘professionele beleggers’ zoals opgenomen in art. 1:1 Wft. Art. 85 en 86 Bgfo vormen niet de implementatie van EU-regels maar zijn van Nederlandse makelij en hebben een lange voorgeschiedenis. In den beginne was de marginverplichting opgenomen in art. 31(m) Reglement voor de Handel van de European Options Exchange (RHO) en kende destijds dus nog geen wettelijke basis. Deze reglementen maakten onderdeel uit van de rechtsverhouding tussen de optiebeurs en haar leden (banken en tussenpersonen). Particuliere cliënten van deze banken en tussenpersonen konden dus geen rechtstreeks beroep doen op art. 31(m) RHO, maar overtreding van deze bepaling kon toen al wel ‘in beginsel’ een schending van de bijzondere zorgplicht opleveren jegens particuliere cliënten. Zie bijv. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.5.1, 3.5.2 en 3.6.4 (onder verwijzing naar eerdere rechtspraak). Nadien is de marginplicht wél wettelijk verankerd, te weten achtereenvolgens in art. 28 lid 2-4 Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1999, art. 28 lid 2-4. Nadere regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 en (thans) art. 85 en 86 Bgfo. Zie nader bijv. Van der Wiel 2010.

uitoefent, dan is de 'schrijver' van de putoptie verplicht de 100 aandelen Shell van de koper van de putoptie af te nemen tegen de in het optiecontract afgesproken prijs (die hoger zal liggen dan de actuele beurskoers).

Voor het vertrouwen in de optiehandel is het van het allergrootste belang dat verplichtingen voortvloeiend uit optiecontracten worden nagekomen. In het gegeven voorbeeld is de 'schrijver' van de putoptie mede daarom verplicht een bedrag in geld of financiële instrumenten aan te houden bij zijn bank zodat hij op het moment dat de putoptie wordt uitgeoefend aan zijn verplichting uit het optiecontract kan voldoen en de prijs zoals afgesproken in het optiecontract zal kunnen betalen aan de koper van de putoptie. Dit aangehouden bedrag (in geld of financiële instrumenten) wordt *margin* genoemd. De *margin* bestaat uit het verschil tussen de uitoefenprijs en de beurskoers, plus een veiligheids toeslag. De *margin* fluctueert dus met het fluctueren van de beurskoers, wat leidt tot (in elk geval in theorie) continuerende aanpassingen van de *margin* door teruggave of bijstorting, dit laatste op basis van *margin calls*.

De situatie dat een cliënt 'over onvoldoende saldi [*margin*, *DB*] beschikt om te voldoen aan de actuele verplichtingen die voortvloeien uit posities in financiële instrumenten' kan zich bijvoorbeeld als volgt voordoen. Als de *margin* wordt aangehouden in financiële instrumenten, wordt veelal een zogenaamde *haircut* toegepast, welke afhankelijk is van de kwaliteit van de aangehouden financiële instrumenten. *Haircut* wil zeggen dat als de financiële instrumenten op basis van de actuele beurskoers bijvoorbeeld 100 waard zijn, deze voor het doel van de *margin* wordt gewaardeerd op bijvoorbeeld 80, dit om toekomstige koersdalingen op te kunnen vangen en aldus te voorkomen dat er een situatie ontstaat waarin er onvoldoende *margin* aanwezig is om aan de actuele verplichtingen te kunnen voldoen. Tijdens de financiële crisis welke begon in 2007 bleek dat de gehanteerde *haircut* veelal onvoldoende was om koersdalingen volledig op te vangen, met als gevolg dat er toch onvoldoende *margin* aanwezig was. Het gevolg was dat banken massaal overgingen tot zogenaamde *margin calls*, dat wil zeggen verzoeken van de bank aan de cliënt om extra *margin* te storten zodat er weer voldoende *margin* aanwezig zou zijn om te voldoen aan verplichtingen die kunnen voortvloeien uit posities in financiële instrumenten van de cliënt. Als de cliënt niet in staat is te voldoen aan het verzoek tot storting van extra *margin*, zal de bank de positie zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen vijf werkdagen moeten sluiten, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen.

De marginverplichting strekt er niet alleen toe dat verplichtingen voortvloeiend uit optiecontracten (zoveel mogelijk) worden nagekomen opdat de optiehandel soepel functioneert (zie hierboven, ingesprongen tekstgedeelte). Zij strekt er óók toe dat de niet-professionele ‘schrijver’ (verkoper) van (bijvoorbeeld) een putoptie (i) zich realiseert dat hij een transactie aangaat waaruit (veelal aanzienlijke) financiële verplichtingen kunnen voortvloeien, en (ii) geen verplichtingen aangaat die hij niet kan nakomen. De marginverplichting strekt er dus mede toe dat de niet-professionele belegger (de zwakkere partij) ‘tegen zichzelf’ wordt beschermd.

Uit de civiele rechtspraak blijkt evenwel dat particuliere beleggers niet altijd zin hebben om gehoor te geven aan de oproep van hun bank om te voldoen aan de marginverplichting. Om de relatie niet op scherp te zetten wilden bankmedewerkers in althans het verleden de marginplicht nog wel eens door de vingers zien en lieten zij bijvoorbeeld toe dat particuliere beleggers putopties schreven zonder hen te verplichten margin te storten. De Hoge Raad is vanaf het begin streng geweest. Niet-naleving van marginplichten levert voor de bank ‘in beginsel’ een schending van de bijzondere zorgplicht op.¹⁰

2.3.2 Uitzonderingen op de weigeringsplicht?

‘In beginsel’, dus niet altijd. In een uitspraak uit 2019 suggereert de Hoge Raad dat die uitzondering op de regel zich voordeed in het volgende geval.¹¹ Een zeer vermogende particuliere belegger uit India handelde via een Nederlandse bank voor grote bedragen in onder meer opties en futures. In lijn met de Wft werd de belegger voor de beleggingsdienstverlening ingedeeld als niet-professionele belegger. Dit betekende, dat de verplichtingen uit hoofde van artikel 85 en 86 Bgfo in relatie tot deze belegger van toepassing waren en de bank deze dus moest naleven. De bank heeft dat niet gedaan.¹² De belegger vordert mede op die grond schadevergoeding van de bank wegens schending van de bijzondere zorgplicht. In lijn met de vaste rechtspraak van de Hoge Raad gaat het hof Amsterdam daarin mee.

10. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.4. Zie ook: HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2256; HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238; HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686; HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7619.

11. HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1845.

12. HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1845, r.o. 2.4.2, waar r.o. 3.11 van het arrest van het hof Amsterdam wordt aangehaald. Aldaar staat onder meer dat de bank ‘niet de hand heeft gehouden aan de marginverplichtingen’ en de bank ‘zich [had] dienen te onthouden van het aangaan van transacties waarvoor onvoldoende middelen aanwezig waren’.

De Hoge Raad casseert echter. De bank had gesteld dat de particuliere belegger als deskundige en professionele belegger moest worden aangemerkt, die wist wat hij deed en welbewust risico's heeft genomen die aan de derivatenhandel verbonden waren. De bank had zich onder meer erop beroepen (i) dat hij bij aanvang van zijn relatie met de bank reeds uitgebreide, internationale kennis van en ervaring met financiële instrumenten had (onder meer opties en futures met betrekking tot edelmetalen), al dan niet via mede door hem bestuurd of mede aan hem toebehorende (beleggings)ondernemingen, (ii) dat hij bij aanvang van zijn beleggingsrelatie met de bank uitzonderlijk vermogend was en zich ook als zodanig presenteerde, (iii) dat hij zelfstandig toegang had tot, en actief gebruikmaakte van, voor professionele effectenhandelaren bestemde informatie, (iv) dat hij een eigen back-office had die zijn transacties professioneel administreerde en (v) dat hij op uitzonderlijk grote schaal handelde op beurzen over de hele wereld. Deze omstandigheden kunnen van invloed zijn op de inhoud van de op de bank rustende zorgplicht jegens de particuliere belegger, aldus de Hoge Raad. Het hof Amsterdam had deze dus in zijn oordeel moeten betrekken, maar heeft dat in de ogen van de Hoge Raad niet op voldoende kenbare wijze gedaan.¹³ De Hoge Raad vernietigt de uitspraak.

Zou de uitkomst een andere zijn geweest als de particuliere belegger zich niet op een schending van de bijzondere zorgplicht (ongeschreven recht) had beroepen, maar rechtstreeks op een schending van de wettelijke verplichtingen die zijn opgenomen in artikel 85 en 86 Bgfo? Misschien wel. Dát deze verplichtingen waren geschonden stond immers niet ter discussie. De omstandigheden genoemd in de vorige alinea zijn in deze aanvliegroute niet relevant voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een normschending. Is dat erg? Ik meen van niet, want deze omstandigheden kunnen natuurlijk wél aanleiding geven tot een vermindering van de voor vergoeding in aanmerking komende schade op grond van het leerstuk van de eigen schuld (art. 6:101 BW).¹⁴ Al sluit ik ook niet uit dat de Hoge Raad bij een rechtstreeks beroep op een schending van artikel 85 en 86 Bgfo de vordering alsnog volledig af had laten stuiten op het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) en aan een toepassing van het leerstuk van de eigen schuld dus helemaal niet toe zou zijn gekomen.

Hoe dit ook zij, dát de Hoge Raad het bij een direct beroep op de schending van de wettelijke verplichtingen die zijn opgenomen in (thans) artikel 85 en 86 Bgfo voor mogelijk houdt dat een daarop gebaseerde schadeclaim af kan stuiten op het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW), moge blijken uit

13. HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1845, r.o. 3.1.3.

14. Vgl. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, r.o. 3.3, NJ 1998/192, m.nt. C.J. van Zeben; HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.3.

Nabbe/Staalbankiers. In die zaak werd (ook) een beroep gedaan op een rechtstreekse schending van (thans) artikel 85 en 86 Bgfo, los van de zorgplicht.¹⁵ De bank had als beleggingsadviseur van particuliere belegger Nabbe optietransacties verricht in strijd met (thans) artikel 85 en 86 Bgfo. In het licht van (thans) artikel 85 en 86 Bgfo was sprake van niet tijdige sluiting van posities in opties en het ondanks margintekorten uitvoeren van nieuwe transacties. De belegger had hierdoor grote verliezen geleden op zijn beleggingsportefeuille, maar was toch netto erop vooruitgegaan in het relevante tijdvak: van f 700.000/800.00 naar f 1.300.000. De vraag lag voor of de bank aansprakelijk was voor de geleden verliezen. De Hoge Raad overwoog dat '[...] de in artikel [85 en 86 Bgfo] besloten normen wel strekken tot bescherming van de cliënt tegen relatief te grote financiële risico's, maar niet tot een zo selectieve bescherming tegen elk (koers)verlies dat de belegger op een transactie lijdt, zoals door Nabbe bepleit'.¹⁶ Het verlies op optietransacties werd gecompenseerd door winst op aandelen. De Hoge Raad beschouwde de beleggingsportefeuille als één geheel.

2.3.3 Slotsom

De hoofdboodschap van de Hoge Raad is en blijft niettemin glashelder: als een niet-professionele belegger niet bereid is voldoende margin te storten, dan *moet* de bank de transactie weigeren. In zoverre wordt de contractvrijheid van de bank ingeperkt.

Als de bank deze weigeringsplicht schendt, dan leidt dit (de in par. 2.3.2, hierboven geschetste bijzondere gevallen daargelaten) tot een verplichting de schade die de belegger hierdoor heeft geleden te vergoeden, met dien verstande dat door een toepassing van het leerstuk van de eigen schuld de voor vergoeding in aanmerking komende schade kan worden verminderd, bijvoorbeeld omdat de bank de transactie weliswaar niet geweigerd heeft, maar de belegger wél heeft gewaarschuwd voor de risico's van de optiehandel.

2.4 Cliënten- en orderremisiers

2.4.1 De bredere context

Een derde voorbeeld van een weigeringsplicht heeft tot de nodige rechtspraak geleid in de context van effectenleaseproducten. Voordat ik overga tot een bespreking van de hier bedoelde weigeringsplicht, wordt eerst de bredere context geschetst.

15. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320.

16. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, r.o. 3.7.

Het afsluiten van effectenleaseovereenkomsten was in Nederland in de jaren negentig van de vorige eeuw een populaire constructie onder consumenten om te beleggen met geleend geld. De bank leende de consument een geldbedrag, dat vervolgens volledig werd aangewend voor een belegging door de bank in effecten ten behoeve van de consument. Er waren twee soorten producten: aflossingsproducten en restschuldproducten. In het eerste geval werd er gedurende de looptijd van het contract niet alleen rente betaald op de afgesloten lening, maar werd er ook afgelost op de geleende hoofdsom. In het tweede geval werd er gedurende de looptijd van de overeenkomst niet afgelost en werd er enkel rente betaald. De gedachte achter de effectenleaseconstructie was dat de effectenportefeuille in de loop der jaren alleen maar meer waard zou worden. Aan het einde van de looptijd van het contract zou de bank de effecten verkopen. De opbrengst daarvan zou dan worden uitgekeerd aan de consument, onder aftrek van een eventuele restschuld aan de bank.

Beleggen met geleend geld gaat goed zolang de beurskoersen stijgen. Maar zoals altijd gingen de beurskoersen op een gegeven moment dalen en mede daardoor kwamen veel consumenten die effectenleaseovereenkomsten hadden afgesloten in financiële problemen. Nog helemaal los van dalende beurskoersen bleken veel effectenleaseovereenkomsten te zijn afgesloten met consumenten voor wie de daaruit voortvloeiende maandelijkse betalingsverplichtingen te hoog waren. Velen van hen konden hierdoor al snel hun maandelijkse termijnen niet meer betalen aan de bank, waarop de bank de effectenleaseovereenkomst stevast ontbond. De effectenportefeuille werd vervolgens door de bank te gelde gemaakt, maar door de gedaalde beurskoersen was de opbrengst veelal onvoldoende om (het restant van) de geleende hoofdsom en de (contant gemaakte) verschuldigde rente daaruit volledig te voldoen aan de bank. Veel consumenten bleven daarom zitten met een restschuld, niet alleen als zij een restschuldproduct hadden afgesloten, maar ook als het een aflossingsproduct betrof. In dat laatste geval zou aan het einde van de looptijd van het contract weliswaar geen restschuld resteren omdat de totale hoofdsom dan netjes zou zijn afgelost, maar omdat de bank het contract vroegtijdig ontbond, bleven ook consumenten met een aflossingsproduct veelal achter met een restschuld.¹⁷

In 2009 bepaalde de Hoge Raad dat aanbieders van aandelenleaseproducten zijn onderworpen aan twee concrete, los van elkaar staande, bijzondere zorgplichten tegenover particuliere beleggers met wie zij aandelenleaseovereenkomsten hebben gesloten, ongeacht of het gaat om een restschuld- of aflossingsproduct: (1) de verplichting inlichtingen in te winnen omtrent

17. Zie recentelijk over effectenlease: Vranken 2020; De Waal & Van der Hoek 2022.

inkomen en vermogen van de particuliere afnemer, alsmede, als de financiële positie van de particuliere afnemer dusdanig was dat hij destijds naar redelijke verwachting niet aan zijn betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen, de verplichting de afnemer te adviseren de overeenkomst niet aan te gaan (onderzoeks- en adviesplicht), en (2) de verplichting de afnemer bij het aangaan van de overeenkomst indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico.¹⁸

De zorgplicht van de aanbieder gaat dus niet zo ver dat al bij het verzuim te adviseren van de overeenkomst af te zien op hem de plicht zou rusten — steeds of in beginsel — te weigeren de overeenkomst aan te gaan. ‘Een andersluidende opvatting zou geen recht doen aan het beginsel van de contractsvrijheid’, aldus de Hoge Raad in 2009.¹⁹

Een deel van de geleden schade komt voor eigen rekening van de afnemer op grond van het leerstuk van de eigen schuld (art. 6:101 BW). Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de restschuld en anderzijds rente en aflossing. Voor de restschuld geldt dat hiervan in beginsel steeds 40% voor eigen rekening van de afnemer blijft. Als uit onderzoek is gebleken van *voldoende* inkomen en vermogen om rente en aflossing te betalen, dan komen rente en aflossing in beginsel geheel voor rekening van de afnemer. De schadevergoeding blijft dan beperkt tot 60% van de restschuld. Als blijkt van *onvoldoende* inkomen en vermogen, dan blijft in beginsel óók 40% van de rente en aflossing voor eigen rekening van de afnemer. De schadevergoeding bedraagt dan 60% van zowel de restschuld als de rente en aflossing.²⁰ De benadering die het hof Amsterdam nadien ontwikkelde (het ‘hof-model’) wijkt hier iets van af: (1) als het inkomen *voldoende* is, blijft de schadevergoeding beperkt tot 2/3 van de restschuld, (2) als het inkomen *onvoldoende* is, bedraagt de schadevergoeding 2/3 van zowel de restschuld als de rente en aflossing.²¹ Deze iets afwijkende benadering werd door de Hoge Raad in stand gelaten.²² In de feitenrechtspraak wordt het hof-model meestal als uitgangspunt genomen.

2.4.2 Cliëntenremisiers

Effectenleaseproducten werden zowel rechtstreeks als via tussenpersonen aangeboden. Sommige van die tussenpersonen hadden de status van ‘cliëntenremisier’. Dit had als voordeel dat zij waren vrijgesteld van de toenmalige Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995). Van die vrijstel-

18. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.2.1-5.2.2.

19. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.12.2, 3^e alinea.

20. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 5.6.1-5.7.

21. Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978, r.o. 4.21-4.22.

22. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012.

ling kon alleen gebruik worden gemaakt als de activiteiten van de tussenpersoon er louter in bestonden dat hij cliënten aanbracht bij gereguleerde aanbieders van effectenleaseproducten, zoals banken. Hij mocht dit dus onder geen beding combineren met advisering, want daarvoor was (en is) wel gewoon een vergunning van (thans) de AFM vereist. Als een aanbieder van effectenleaseproducten klanten accepteerde van een remisier die zijn boekje te buiten ging door de klant toch te adviseren, en de aanbieder dit wist of behoorde te weten, dan moest hij de cliënt weigeren. Dit volgde expliciet uit artikel 41 Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1999 (NR 1999).²³ Een wettelijke weigeringsplicht dus, die de contractvrijheid van de bank (en andere gereguleerde aanbieders) aan banden legde.

De Hoge Raad oordeelde in 2016 dat schending van deze wettelijke weigeringsplicht ertoe leidt dat de aanbieder 100% van de schade moet vergoeden aan de belegger en er voor een geslaagd beroep op eigen schuld van de belegger geen plaats is.²⁴ Daarmee is de belegger die toevallig een effectenleaseproduct heeft gekocht via een cliëntenremisier die zijn boekje te buiten ging door hem te adviseren aanzienlijk beter af dan andere gedupeerde effectenleasebeleggers (zie par. 2.4.1, laatste alinea, hierboven). Het hof Amsterdam vond dit niet eerlijk en ging nog geen jaar later lijnrecht in tegen de uitspraak van de Hoge Raad.²⁵ Zonder succes, want in cassatie wordt het arrest van het hof vernietigd en houdt de Hoge Raad vast aan zijn uitspraak uit 2016. Contracteren in weerwil van een wettelijk verbod dat juist ertoe strekt om de afnemer te beschermen tegen het aangaan van een beleggingsovereenkomst na advies door een adviseur zonder de benodigde vergunning moet de aanbieder zwaar worden aangerekend, aldus de Hoge Raad.²⁶

Anders dan veelal in de rechtspraak over de schending van de marginplicht het geval is (zie par. 2.3, hierboven), wordt de aansprakelijkheid in dit geval dus gebaseerd op handelen in strijd met een wettelijke verplichting, en niet op een schending van de zorgplicht (ongeschreven recht). En anders dan bij handelen in strijd met de marginverplichting lijkt de soep hier dus zo heet te worden gegeten als hij wordt opgediend: de schade moet volledig worden vergoed, want voor een beroep op eigen schuld is geen plaats.

23. En voordien volgde dit uit art. 25 Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1995. Deze bepalingen vormen niet de implementatie van Europese regels, maar zijn van Nederlandse bodem.

24. HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012.

25. Hof Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3101.

26. HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, r.o. 3.6.4.

2.4.3 Orderremisiers

Maar het verhaal gaat verder. Er waren namelijk óók gevallen waarin de effectenleaseovereenkomst via een zogenaamde ‘orderremisier’ tot stand kwam. Orderremise is het ontvangen en doorgeven van cliëntorders, en betreft net als beleggingsadvies een beleggingsdienst. Maar orderremisiers genoten (en genieten) – anders dan destijds cliëntenremisiers – *geen* vrijstelling van de vergunningplicht onder de Wte 1995 (en thans de Wft). Kortom, als een aanbieder van effectenleaseproducten orders accepteerde van een orderremisier die geen vergunning had en de aanbieder dat wist of behoorde te weten, dan *moest* hij de cliënt weigeren, zie andermaal het toenmalige artikel 41 NR 1999. Moet de gedupeerde belegger dan dezelfde gunstige behandeling krijgen als degene die via een cliëntenremisier die zijn boekje te buiten gaat door te adviseren een effectenleaseproduct afsluit met een aanbieder? In dat geval zou hij 100% van zijn schade vergoed krijgen en is voor een beroep op eigen schuld geen plaats. De Hoge Raad oordeelt dat dit toch niet het geval is, en wel als volgt.

Als het inzenden van een ingevuld aanvraagformulier door de tussenpersoon aan de aanbieder van een effectenleaseproduct als het ‘doorgeven van een order’ moet worden beschouwd en de tussenpersoon daardoor dus optrad als orderremisier, handelde de aanbieder van het effectenleaseproduct door het aangaan van de overeenkomst in strijd met het verbod van artikel 41 NR 1999 als de aldus optredende tussenpersoon niet beschikte over de daarvoor vereiste vergunning op grond van artikel 7 lid 1 Wte 1995 en de aanbieder dat wist of behoorde te weten. Maar anders dan wanneer de tussenpersoon de afnemer heeft geadviseerd om een bepaald effectenleaseproduct af te nemen, bevindt de afnemer van wie het aanvraagformulier door de tussenpersoon aan de aanbieder is doorgegeven, zich niet in een wezenlijk andere positie dan een afnemer van wie het aanvraagformulier niet door een tussenpersoon aan de aanbieder is doorgegeven. Hier doet zich immers niet het (aan advisering verbonden) bezwaar voor dat de afnemer minder snel bedacht hoefde te zijn op, en zich minder snel eigener beweging hoefde te verdiepen in, niet vermelde risico’s. De Hoge Raad ziet daarom geen grond om in dit soort gevallen af te wijken van het hof-model (waarover par. 2.4.1, hierboven).²⁷ Hier wordt de pijn van een schending van een keiharde wettelijke weigeringsplicht dus wél verzacht doordat de voor vergoeding in aanmerking komende schade moet worden verminderd op grond van eigen schuld.

27. HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:862, r.o. 2.11.4-2.11.6. Zie over art. 41 NR 1999 (en diens voorganger art. 25 Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1995) in relatie tot aanbidding van effectenleaseproducten via tussenpersonen recentelijk nog weer: HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:880, 882, 884-886, 889.

2.5 Ken-uw-cliënt-regels & weigeringsplichten

2.5.1 Algemeen

De in deze paragraaf te bespreken weigeringsplichten zijn minder bekend. Daarvoor valt begrip op te brengen, want zij bevinden zich in de krochten van het financiële toezichtrecht. Om deze weigeringsplichten goed te kunnen plaatsen is het onvermijdelijk dat wij een aanloopje nemen alvorens ter zake te komen.

Als (bijvoorbeeld) een bank beleggingsdiensten verleent, moet zij ken-uw-cliënt-regels naleven. Voor (i) het voor de cliënt ontvangen en doorgeven van orders in financiële instrumenten en (ii) het voor de cliënt uitvoeren van orders in financiële instrumenten (*execution only*) geldt als uitgangspunt de relatief lichte *passendheidstoets*.²⁸ Als een bank beleggingsadvies verstrekt of vermogensbeheer verricht, moet de bank niet de *passendheidstoets* afnemen, maar in beginsel de zwaardere *geschiktheidstoets*.²⁹

2.5.2 Passendheidstoets: geen weigeringsplicht

De passendheidstoets in relatie tot niet-professionele cliënten houdt in, dat de bank informatie moet inwinnen over de kennis en ervaring van de (potentiële) cliënt met betrekking tot het desbetreffende financiële instrument of de desbetreffende dienst, zodat de bank kan beoordelen of het financiële instrument of de dienst wel passend is voor de cliënt.³⁰ In relatie tot professionele cliënten (en in aanmerking komende tegenpartijen, de ‘superprofessionele’ partijen) kan de passendheidstoets geheel achterwege blijven.³¹ Echter, ook in relatie tot niet-professionele cliënten is het afnemen van de passendheidstoets niet altijd nodig, te weten als het gaat om niet-complexe financiële instrumenten.³²

28. Art. 4:24 Wft en art. 55-57 MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565.

29. Art. 4:23 Wft en art. 54-55 MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565. Zie nader over de passendheids- en de geschiktheidstoets: Raas 2019. Dan zijn er nog de gevallen die worden bestreken door art. 4:23a Wft. Kort gezegd geldt er in relatie tot niet-professionele beleggers ter zake van financiële instrumenten die aan een ‘bail-in’ kunnen worden onderworpen een bijzondere geschiktheidstoets. Zie nader: Joosen 2021, p. 105-106. Ook voor andere dienstverlening dan beleggingsdienstverlening/voor andere financiële producten dan financiële instrumenten (zoals verzekeringen, hypothecair krediet en individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen) gelden er passendheids- en geschiktheidstoetsen, zie art. 4:23-4:24 en art. 80e-80f Bgfo.

30. Art. 4:24 lid 1 Wft.

31. Art. 56 lid 1, tweede alinea, MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565 (professionele cliënten) en art. 4:18b lid 1 Wft (in aanmerking komende tegenpartijen).

32. Zie art. 4:24 lid 5 Wft en art. 57 MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565.

Als de passendheidstoets moet worden afgenomen (zie vorige alinea) én dit ook gebeurt, kan hieruit blijken dat (i) het ontvangen en doorgeven van orders en (ii) *execution-only*-diensten geen passende beleggingsdiensten zijn voor de cliënt in kwestie, omdat hij over te weinig beleggingskennis en -ervaring beschikt. Ter compensatie hiervan kan de cliënt dan beter kiezen voor beleggingsadvies of individueel vermogensbeheer want bij deze beleggingsdiensten wordt de cliënt door de bank meer 'bij de hand genomen'. Als dit de uitkomst is van de passendheidstoets, moet de bank de cliënt waarschuwen dat (i) het ontvangen en doorgeven van orders en (ii) *execution-only*-diensten geen passende beleggingsdiensten zijn voor de cliënt.³³ Het kan óók voorkomen dat de cliënt geen of onvoldoende informatie verschaft over zijn kennis en ervaring. In dat geval moet de bank waarschuwen dat zij als gevolg daarvan niet in staat is te beoordelen of de genoemde diensten wel passend voor hem zijn.³⁴ Beide waarschuwingen mogen op gestandaardiseerde wijze worden gegeven.³⁵ In beide gevallen geldt dus geen weigeringsplicht. Als de cliënt deze diensten ondanks de gegeven waarschuwing toch wil afnemen, mag de bank ze ook verlenen.³⁶ Vervolgens kan de klant via een veelal digitale omgeving (bijvoorbeeld een beleggingsapp op een mobiele telefoon) zelf orders plaatsen die worden uitgevoerd zonder dat de bank nog een nadere check uitvoert. Kortom, de bank is niet verplicht te verifiëren of de concrete order past binnen het profiel van de klant en is dus logischerwijs ook niet verplicht de klant te waarschuwen en/of hem te adviseren het product niet te kopen.³⁷

Een en ander kan ook afgeleid worden uit artikel 56 lid 2 van MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565. Daar is bepaald, dat (onder meer) banken gegevens bijhouden over de uitgevoerde passendheidsbeoordelingen die onder meer betrekking hebben op (1) de uitkomst van de passendheidsbeoordeling; (2) een eventueel aan de cliënt gegeven waarschuwing als de gekochte beleggingsdienst of het gekochte product als mogelijk niet passend voor de cliënt werd aangemerkt, of de cliënt ondanks de waarschuwing heeft gevraagd de transactie toch uit te voeren, en, in voorkomend geval, of de bank het verzoek van de cliënt om de transactie toch uit te voeren, heeft ingewilligd; (3) een eventueel aan de cliënt gegeven waarschuwing als de cliënt onvoldoende informatie had verstrekt om de bank in staat te stellen een passendheidsbeoordeling uit te voeren, of de cliënt ondanks de waarschuwing heeft gevraagd de transactie toch uit te voeren, en, in

33. Art. 4:24 lid 3 en lid 1 Wft.

34. Art. 4:24 lid 4 Wft.

35. Art. 4:24 lid 7 Wft.

36. Aldus ook Raas 2019, p. 991-992.

37. Zie in deze lijn CvB KiFiD 17 oktober 2019 (2019-934) (omwille van de transparantie zij vermeld dat uw preadviseur een van de bindend adviseurs was die de beslissing heeft gewezen).

voorkomend geval, of de onderneming het verzoek van de cliënt om de transactie toch uit te voeren, heeft ingewilligd.

Voor de verkoop van verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten zonder advies geldt een vergelijkbare regeling.³⁸ Voor de diensten (i) uitvoering van cryptoactivaorders namens cliënten en (ii) ontvangst en doorgifte van cryptoactivaorders namens cliënten geldt evenwel in het geheel geen passendheidstoets, en onder vigeur van de Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR) zal dit straks niet anders zijn.³⁹ Qua consistentie scoort dit verschil natuurlijk nogal zwak.

2.5.3 Geschiktheidstoets: wél weigeringsplichten

De geschiktheidstoets in relatie tot niet-professionele cliënten houdt in, dat de bank de nodige informatie inwint over (a) de kennis en ervaring van de (potentiële) cliënt op beleggingsgebied met betrekking tot het specifieke soort product of de specifieke dienst, (b) zijn financiële situatie en (c) zijn beleggingsdoelstellingen en risicobereidheid, en tegenwoordig ook (d) zijn duurzaamheidsvoorkeuren, dit alles teneinde de (potentiële) cliënt de voor hem *geschikte* beleggingsdiensten te kunnen aanbevelen.⁴⁰ De bank is dus anders dan bij de passendheidstoets niet alleen verplicht om informatie in te winnen over de kennis en ervaring, maar óók over de financiële situatie en de beleggingsdoelstellingen van de niet-professionele cliënt.

Een bank die beleggingsadvies verstrekt of vermogensbeheerdiensten verleent aan een professionele cliënt, mag *aannemen* dat de cliënt beschikt over de nodige ervaring en kennis om de risico's te kunnen overzien.⁴¹ De bank mag er bij beleggingsadvies (maar niet bij vermogensbeheer!) bovendien van uitgaan dat een professionele cliënt in staat is om eventuele verliezen te dragen.⁴² Er hoeft dan dus alleen informatie te worden ingewonnen over zijn risicobereidheid en zijn doelstellingen.⁴³

38. Zie art. 19 lid 3 van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/2359. Een verzekeringsgebaseerd beleggingsproduct is gedefinieerd als 'een verzekeringsproduct waarmee een waarde op vervaldag of een afkoopwaarde wordt aangeboden, waarbij die waarde op vervaldag of afkoopwaarde geheel of gedeeltelijk is blootgesteld, direct of indirect, aan marktfluctuaties.' Zie art. 4 lid 2 PRIIP's Regulation. PRIIP's staat voor 'Packaged Retail Investment and Insurance-Based Products', Verordening (EU) 1286/2014.

39. Art. 78 en 80 MiCAR. Het Europees Parlement wilde voor de dienst uitvoering van cryptoactivaorders namens cliënten overigens wel een passendheidstoets opnemen, maar dat voorstel heeft het dus niet gehaald. Zie nader Hoefnagels 2022, p. 14-16.

40. Art. 4:23 lid 1 Wft. Zie nader art. 54-55 MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565.

41. Art. 54 lid 3, eerste alinea, MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565.

42. Art. 54 lid 3, tweede alinea, MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565.

43. Dit wordt nader uitgewerkt in diverse leden van art. 54 MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565.

Maar nu komt het: als een product niet geschikt is, gelden er (anders dan wanneer blijkt dat een product niet passend is) weigeringsplichten.⁴⁴ Dit blijkt uit artikel 54 lid 8 en 10 van MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565.

(i) *Weigeringsplicht 1*

Wanneer een bank bij de verrichting van de beleggingsdienst in de vorm van beleggingsadvies of vermogensbeheer niet de op grond van de ken-uw-cliënt-regels vereiste informatie opvraagt, beveelt zij de cliënt of potentiële cliënt geen beleggingsdiensten of financiële instrumenten aan (art. 54 lid 8). Kortom, in dit geval moet de bank *weigeren* advies te verlenen (of, wellicht correcter, geldt er een adviseringsverbod).

(ii) *Weigeringsplicht 2*

Maar dat is nog niet alles. Bij de verrichting van de beleggingsdienst in de vorm van beleggingsadvies of vermogensbeheer doet een bank geen aanbeveling of neemt zij geen handelsbeslissing wanneer geen van de diensten of instrumenten geschikt is voor de cliënt (art. 54 lid 10). Kortom, ook in dit geval geldt er een *weigeringsplicht* (of, wellicht correcter, geldt er een adviseringsverbod/transactieverbod).

Voor advisering over verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten geldt nu al een vergelijkbare regeling, en voor advisering over cryptoactiva en het beheer van cryptoactivaportefeuilles uit hoofde van de Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR) zal dat straks ook het geval zijn.⁴⁵

2.6 Productinterventie

Ik geef nog een voorbeeld waarin de contractvrijheid van de financiële instelling wordt ingeperkt in die zin dat sprake is van een weigeringsplicht/contracteerverbod. Sinds 3 januari 2018 beschikt de Nederlandse gedragstoezichthouder AFM op grond van artikel 42 van de Europese Markets in Financial Instruments Regulation (MiFIR) over een wettelijke bevoegdheid tot productinterventie.⁴⁶

44. Ik zag dit over het hoofd in Busch 2020, p. 458.

45. Zie art. 9 lid 5-6 Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/2359; art. 81 lid 11 MiCAR.

46. Verordening (EU) 600/2014 (MiFIR). Art. 42 MiFIR heeft betrekking op financiële instrumenten en gestructureerde deposito's en is bevestigd/vastgelegd in art. 1:77f Wft. Zie nader Pattiselanno 2019, p. 753 e.v.; Busch 2015, p. 43 e.v.

Deze bevoegdheid kan ingezet worden in relatie tot financiële instrumenten⁴⁷ en gestructureerde deposito's⁴⁸ (i) als sprake is van een significante reden tot bezorgdheid over de beleggersbescherming, (ii) op het moment dat het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of de grondstoffenmarkten, of de stabiliteit van het financiële stelsel wordt bedreigd, en/of (iii) een derivaat een negatief effect heeft op het prijsvormingsmechanisme op de onderliggende markt. Deze bevoegdheid kan pas ingezet worden als (1) er geen andere bestaande regels zijn om deze bedreigingen op adequate wijze af te wenden, (2) de bedreigingen niet beter met toezicht of handhaving van de bestaande regels kan worden aangepakt, en (3) de interventiemaatregel evenredig is en rekening houdt met de aard van de bedreiging, het kennisniveau van de desbetreffende beleggers of deelnemers en het verwachte effect.

Voor verzekeringsgerelateerde beleggingsproducten geldt een vergelijkbare regeling.⁴⁹ Ook in relatie tot cryptoactiva gaat straks een vergelijkbare regeling gelden, te weten uit hoofde van de Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR).⁵⁰

De bevoegdheid tot productinterventie wordt weliswaar behandeld in het onderhavige hoofdstuk, dat gaat over weigeringsplichten omwille van de bescherming van de zwakkere partij, maar deze bevoegdheid kan dus ook ingezet worden als andere belangen in het geding zijn, zoals de stabiliteit van het financiële stelsel.

Van de bevoegdheid tot productinterventie heeft de AFM al meermalen gebruikgemaakt, steeds (in ieder geval primair) omwille van de bescherming van de zwakkere partij. Sinds 19 april 2019 is er een AFM-besluit van kracht op grond waarvan het verboden is zogenaamde 'binaire opties' te verkopen aan niet-professionele cliënten. Op dezelfde datum heeft de AFM de verkoop van 'contracts for differences' (CFD's) aan banden gelegd. CFD's mogen uitsluitend aan niet-professionelen worden verkocht als aan een aantal voorwaarden is voldaan, onder andere dat de CFD-aanbieder van de niet-

47. Niet alleen verhandelbare aandelen en obligaties vallen hieronder, maar bijvoorbeeld ook renteswaps en vele andere derivatenproducten. Zie de definitie van 'financieel instrument' in art. 1:1 Wft.

48. Een gestructureerd deposito is een deposito waarbij de te vergoeden rente niet wordt bepaald aan de hand van een rentevoet (zoals Euribor), maar bijvoorbeeld afhankelijk is van de stand van de AEX-index. Zie de definitie van 'gestructureerd deposito' in art. 4 lid 1 onder (43) MiFID II en art. 2 lid 1 onder (c) van Richtlijn 2014/49/EU (Richtlijn depositogarantiestelsels). MiFID II staat voor 'Markets in Financial Instruments Directive II', Richtlijn 2014/65/EU.

49. Zie art. 17 van de PRIIP's Regulation, bevestigd/vastgelegd in art. 1:77c Wft. Zie nader Colaert 2019.

50. Zie art. 105 MiCAR.

professionele cliënt betaling eist van een margin. Sinds 1 oktober 2021 heeft de AFM bovendien de verkoop van ‘turbo’s’ aan banden gelegd. Ook turbo’s mogen uitsluitend aan niet-professionele beleggers worden verkocht als aan bepaalde voorwaarden is voldaan.⁵¹ Deze producten hebben gemeen dat zij zeer complex zijn.

Wat is het civielrechtelijke gevolg als een bank of andere aanbieder toch binaire opties verkoopt aan niet-professionele cliënten, dan wel CFD’s of turbo’s verkoopt aan dit soort cliënten zonder de voorwaarden in acht te nemen die de AFM daaraan stelt? De drie AFM-besluiten hebben een algemene strekking en vormen daarmee wetten in materiële zin. Handelen in strijd met de AFM-besluiten moet daarom worden aangemerkt als handelen in strijd met een dwingendrechtelijke wetsbepaling. Kortom, de aanbieder pleegt een onrechtmatige daad door in strijd met de AFM-besluiten binaire opties, CFD’s en turbo’s te verkopen aan niet-professionele cliënten. Ook hier geldt dus een wettelijke weigeringsplicht/een contracteerverbod.

2.7 Productgoedkeuringsregels

2.7.1 Huidig recht

In Nederland kennen we zogenaamde productgoedkeuringsregels. Deze regels komen er kort gezegd op neer dat banken en andere financiële instellingen die ‘financiële producten’ uitgeven, ontwikkelen of samenstellen moeten beschikken over een intern productgoedkeuringsproces. ‘Financieel product’ is een zeer breed begrip. Hieronder vallen niet enkel financiële instrumenten, gestructureerde deposito’s en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten, maar ook bijvoorbeeld beleggingsobjecten, hypothecair krediet aan consumenten, consumptief krediet en een betaalrekening.⁵² Voor cryptoactiva gelden geen productgoedkeuringsregels. Ook zodra de Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR) van kracht wordt zal dit niet anders zijn, want MiCAR voorziet opvallend genoeg niet in productgoedkeuringsregels (terwijl MiCAR wel voorziet in de bevoegdheid tot productinterventie, zie par. 2.6, hierboven).⁵³

Soms hebben financiële instellingen een separate productgoedkeuringscommissie. De regels houden dus niet in dat de AFM nieuwe financiële producten moet goedkeuren voordat een financiële instelling ze op de markt mag brengen. Een kernpunt van de productgoedkeuringsregels is dat de maker van het product de doelmarkt (‘target market’) moet definiëren.

51. De drie AFM-besluiten zijn te downloaden via: afm.nl/nl-nl/sector/themas/over-het-toezicht-en-beleid-van-de-afm/toezicht-en-beleid/productinterventie.

52. Zie de definitie van ‘financieel product’ in art. 1:1 Wft.

53. Aldus ook Hoefnagels 2022, p. 13-14.

ren. Sommige producten zijn wellicht geschikt voor grote pensioenfondsen, maar niet voor particuliere beleggers. Omdat financiële instellingen hun producten niet alleen rechtstreeks aanbieden, maar veelal ook via distributeurs, moeten distributeurs in de regel ook voldoen aan zekere *product governance*-vereisten.⁵⁴

Recentelijk zijn de productgoedkeuringsregels voor (onder meer) banken aldus aangevuld dat bij het vaststellen van (i) de potentiële doelmarkt van een financieel instrument en (ii) de doelstellingen van de doelgroep óók rekening moet worden gehouden met de duurzaamheidsdoelstellingen van de doelgroep.⁵⁵ Voor verzekeringsproducten geldt in vergelijkbare zin dat in het kader van het productgoedkeuringsproces rekening moet worden gehouden met de duurzaamheidsvoorkeuren van de polishouder.⁵⁶

Wat zijn de civielrechtelijke gevolgen als bijvoorbeeld een bank (of een distributeur) een product aan een particuliere belegger verkoopt buiten de vastgestelde doelmarkt? De civielrechtelijke gevolgen zijn naar mijn mening minder eenduidig dan wanneer een bank in strijd met een AFM-besluit binaire opties aanbiedt aan een niet-professionele cliënt. De banken moeten op grond van de productgoedkeuringsregels weliswaar een doelmarkt vaststellen en het distributieproces daar ook op inrichten, maar er bestaat geen keiharde wettelijke verplichting dat de bank geen producten buiten de – door haarzelf vastgestelde – doelmarkt mag aanbieden, ook niet krachtens een wet in materiële zin. Civiele rechters zullen bij het ontbreken van een expliciet wettelijk haakje vermoedelijk niet zover gaan dat een bank die producten buiten de doelmarkt verkoopt een onrechtmatige daad pleegt (wegens schending van de zorgplicht) omdat zij verkoop had moeten weigeren, zoals dit wel het geval is bij handelen in strijd met een AFM-besluit dat verbiedt binaire opties te verkopen aan niet-professionelen (wegens handelen in strijd met een wet in materiële zin).

Dit betekent evenwel nog niet dat de verkoop van een product buiten de doelmarkt nooit een schending van de zorgplicht kan opleveren. Het lijkt me niet ondenkbaar dat de bank de klant in bepaalde gevallen wél moet waarschuwen dat hij buiten de doelgroep van het product valt, en dat de bank de klant soms zelfs zal moeten adviseren het product niet af te nemen.

54. Zie voor de productgoedkeuringsregels art. 31j-32c Bgfo. Deze bepalingen vormen deels de implementatie van Europese regelgeving, i.h.b. van MiFID II (Markets in Financial Instruments Directive, Richtlijn 2014/65/EU). Zie nader: Pattiselanno 2019; Bierens 2013b; Busch 2015, p. 31 e.v.

55. Deze aanpassingen zijn op 22 november 2022 in werking getreden en verwerkt in art. art. 32, 32a en 32b Bgfo, een en ander ter implementatie van bepalingen uit Gedelegeerde Richtlijn (EU) 2021/1269. Zie nader Raas 2022, p. 302-304.

56. En wel sinds 2 augustus 2022, zie Gedelegeerde Verordening 2021/1256. Zie nader Raas 2022, p. 308.

Kortom, de productgoedkeuringsregels lijken de contractvrijheid van financiële instellingen *op dit moment* nog niet in die zin te beperken dat hieruit een weigeringsplicht voortvloeit. Maar dat lijkt deels te gaan veranderen. Daarover gaat de volgende paragraaf.

2.7.2 Toekomstig recht

Op 24 mei 2023 publiceerde de Europese Commissie als onderdeel van haar Retail Investment Strategy een pakket aan maatregelen, waaronder een voorstel voor de zogenaamde Omnibusrichtlijn.⁵⁷ De Omnibusrichtlijn bevat allerlei wijzigingen van bestaande regelgeving op het gebied van beleggersbescherming en voorziet onder meer in verdere aanscherpingen van de productgoedkeuringsregels.

Een nieuw artikel 16-bis MiFID II opgenomen in het voorstel van de Europese Commissie inzake de Omnibusrichtlijn bepaalt voor specifieke financiële instrumenten (onder meer maar niet uitsluitend deelnemingsrechten in beleggingsinstellingen) dat aan de bestaande productgoedkeuringsregels die (onder meer) banken in hun hoedanigheid van ontwikkelaar van nieuwe financiële instrumenten in acht moeten nemen, een zogenaamd ‘pricing process’ wordt toegevoegd. Als de kosten en lasten van die hier bedoelde specifieke financiële instrumenten afwijken van door de Europese financiële markttoezichthouder (de European Securities and Markets Authority, ESMA) nog speciaal voor dit doel op te stellen benchmarks, voert de bank aanvullende tests en verdere evaluaties uit en stelt zij vast of de kosten en lasten niettemin gerechtvaardigd en evenredig zijn. Als *niet* kan worden aangetoond dat de kosten en lasten gerechtvaardigd en evenredig zijn, worden zij *niet* goedgekeurd en dus ook niet op de markt gebracht.⁵⁸

57. COM/2023/279 def.

58. Zie over deze nieuwe regels Van Praag & Hoefnagels 2023, p. 244-245. Voor beheerders van beleggingsinstellingen in hun rol van ontwikkelaar gaan soortgelijke regels gelden, maar voor hen gaan de regels nog verder. Als zij te veel kosten hebben berekend conform het prijsproces, dan moeten zij dit uit eigen beweging terugbetalen (art. 14 lid 1 onder (d) UCITS-richtlijn (nieuw) (Richtlijn 2009/65/EG inzake Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities); art. 12 lid 1 onder (d) AIFM-richtlijn (nieuw) (Richtlijn 2011/61/EU inzake Alternative Investment Fund Managers). Doen zij dat niet, dan kan de toezichthouder hen hiertoe verplichten (art. 99 lid 6 onder (h) UCITS-richtlijn (nieuw); art. 46 lid 2 onder (n) AIFM-richtlijn (nieuw)). Van Praag en Hoefnagels schrijven hierover het volgende op p. 246: ‘Naar ons weten is dit de eerste keer dat op Europees niveau op het gebied van het financieel toezichtrecht een regel wordt geïntroduceerd die toezichthouders de mogelijkheid geeft om via bestuursrechtelijke maatregelen in te grijpen in de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen een financiële onderneming en haar klanten, en daarbij een financiële onderneming te dwingen haar klanten te compenseren. In Nederland heeft de AFM (of DNB) tot op heden niet de mogelijkheid om via formele handavingsmaatregelen een financiële onderneming ertoe te dwingen haar klanten te compenseren als gevolg van het overtreden van de

Als de hier bedoelde (niet goedgekeurde dan wel ten onrechte goedgekeurde) financiële instrumenten vervolgens door ontwikkelaars en distributeurs worden aangeboden aan (retail)beleggers, lijkt mij goed denkbaar dat een civiele rechter hier een aanbiedingsverbod/weigeringsplicht zal aannemen, omdat artikel 16-bis MiFID II vrij dwingend lijkt te impliceren dat dit soort producten gewoonweg niet mogen worden aangeboden aan (retail)beleggers.

2.8 Meestal wordt de zwakkere partij op een minder vergaande wijze beschermd

2.8.1 Algemeen

Weigeringsplichten omwille van de bescherming van de zwakkere partij zijn in de financiële sector inmiddels weliswaar een bekend verschijnsel, maar nog steeds relatief uitzonderlijk. Meestal wordt de zwakkere partij op een minder vergaande wijze beschermd en wel grofweg langs twee wegen, die onderling overlappen. Deze minder vergaande beschermingsstrategieën worden in het navolgende besproken (par. 2.8.2-2.8.3). In de slotparagraaf wordt gezien of de besproken weigeringsplichten voldoen aan de vereisten van legitimiteit, proportionaliteit en consistentie (par. 2.9).

2.8.2 Gedetailleerde gedragsregels

Ten eerste bestaan er voor de meeste bancaire en andere financiële contracten gedetailleerde regels die de als zwakkere partij aangemerkte klant of andere wederpartij van de financiële instelling beogen te beschermen. Deze zogenaamde ‘gedragsregels’ bevatten soms weigeringsplichten (de belangrijkste zijn hierboven behandeld), maar veel vaker probeert de wetgever de bescherming van de zwakkere partij langs andere weg te waarborgen, in het bijzonder via gedetailleerde precontractuele informatieplichten en precontractuele ken-uw-cliënt-regels.⁵⁹

Wft. De AFM kan wel op informele wijze druk uitoefenen op een financiële onderneming om klanten te compenseren als klanten door de financiële onderneming benadeeld zijn, wat in de praktijk ook gebeurt. Echter, uiteindelijk is alleen de Nederlandse civiele rechter (en het KiFiD) bevoegd om zich uit te spreken over de compensatie van klanten in specifieke geschillen. De Europese wetgever zet hier dus een voor de Nederlandse rechtsorde fundamentele stap en de ervaring leert dat als een bevoegdheid eenmaal in één Europese sectorale richtlijn wordt ingevoerd, deze daarna ook verschijnt in andere Europese richtlijnen en verordeningen.’

59. In art. 1:25 lid 1 Wft wordt gedragstoezicht als volgt omschreven: ‘Gedragstoezicht is, mede in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel, gericht op ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten’. Het gedragstoezicht is in Nederland in handen van de AFM, zie art. 1:25 lid 2 Wft.

Het eerste type regels strekt ertoe dat de beoogde wederpartij van de financiële instelling aan de hand van de verstrekte informatie een geïnformeerde, afgewogen beslissing kan nemen over de af te nemen dienst of het af te nemen product. Hierbij geldt dat de financiële instelling deze precontractuele informatie op gestandaardiseerde wijze mag verstrekken.⁶⁰

De precontractuele informatieplichten zijn recentelijk uitgebreid met gedetailleerde voorschriften over (i) duurzaamheidsrisico's verbonden aan financiële producten en (ii) de mate van duurzaamheid van financiële producten.⁶¹

Het tweede type regels strekt ertoe vast te stellen of een bepaalde dienst of een bepaald product een goede match vormt met een beoogde klant of andere wederpartij, gelet op diens persoonlijke situatie (denk bijv. aan diens kennis en ervaring, beleggingsdoelstelling en financiële draagkracht).

De ken-uw-cliënt-regels bepalen sinds kort dat (onder meer) individueel vermogensbeheerders en beleggingsadviseurs ook de duurzaamheidsvoorkeuren van de klant in kaart moeten brengen.⁶²

De archetypische zwakkere partij is natuurlijk de consument/particuliere belegger, maar de bescherming wordt in toenemende mate breder getrokken. Ook mkb-bedrijven worden steeds vaker beschermd door het hier bedoelde type gedetailleerde gedragsregels. Dit is bijvoorbeeld het geval in

60. Zie art. 4:20 lid 6 Wft.

61. Deze regels zijn te vinden in Verordening (EU) 2019/2088, zoals nadien aangepast (Sustainable Finance Disclosure Regulation, SFDR). De SFDR trad grotendeels op 10 maart 2021 in werking. Er zijn ook allerlei uitvoeringsregels. Duurzaamheidsrisico's kunnen zich voordoen in relatie tot elk type financieel product, ook als het product duurzaamheidsambities heeft. Een product met duurzaamheidsambities is dus niet hetzelfde als een product met minder duurzaamheidsrisico's. Dat kan wel, maar hoeft zeker niet. Sommige producten met duurzaamheidsambities kennen *juist* duurzaamheidsrisico's. Denk aan investeringen in bossen (bosbranden) of in windturbines (windstille periodes). Zie nader over de SFDR bijv. Labeur 2022; Busch 2023a.

62. Deze regels zijn te vinden in Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/1253, die op 2 augustus 2022 in werking trad. Ook in relatie tot advisering over verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (ook: insurance-based investment product of IBIP's) geldt dat er een geschiktheidstoets moet worden verricht die inmiddels is aangevuld met het in kaart moeten brengen van de duurzaamheidsvoorkeuren van de klant. Zie Gedelegeerde Verordening 2021/1257, die op 2 augustus 2022 in werking is getreden. Zie nader: Raas 2022, p. 292-302, 307-308. Voor de diensten (i) verlening van advies over cryptoactiva en (ii) beheer van cryptoactivaportefeuilles zal straks uit hoofde van Verordening (EU) 2023/1114 (Markets in Crypto Assets Regulation, MiCAR) ook een geschiktheidstoets gelden, maar die toets verplicht er opvallend genoeg niet toe de duurzaamheidsvoorkeuren van de cliënt in kaart te brengen, zie art. 81 lid 1 MiCAR. Zie nader Hoefnagels 2022, p. 16.

relatie tot beleggingsdienstverlening (zoals ontvangen en doorgeven van orders, execution-only-diensten, beleggingsadvies en individueel vermogensbeheer). Bij beleggingsdienstverlening geldt voor zowel particuliere klanten als mkb-bedrijven het hoogste beschermingsniveau, want beide zijn aan te merken als niet-professionele klanten. Dit houdt in, dat voor beide typen klanten steeds dezelfde (vrij strenge) gedragsregels gelden, waaronder precontractuele informatieplichten en ken-uw-cliënt-regels.⁶³

Hierbij verdient vermelding dat de gedetailleerde gedragsregels (waaronder de precontractuele informatieplichten en ken-uw-cliënt-regels) weliswaar veelal zijn opgenomen in de financiële toezichtregels, maar zij staan soms ook (in ieder geval deels) in het BW. In relatie tot bijvoorbeeld beleggingsdienstverlening, crowdfundingdienstverleners en aanbieders van cryptoactivadiensten zijn de gedetailleerde gedragsregels uitsluitend te vinden in de financiële toezichtregels.⁶⁴ Voor bijvoorbeeld consumptief krediet en hypothecair krediet aan consumenten geldt dat de gedetailleerde gedragsregels deels in de toezichtregels zijn opgenomen en deels in het BW.⁶⁵

63. Zie de definitie van 'professionele belegger' en de definitie van 'niet-professionele belegger' en diverse bepalingen in Afdeling 4.2.3 (Zorgvuldige dienstverlening) Wft. Deze bepalingen zijn deels nader uitgewerkt in gedetailleerde uitvoeringsregels, deels in hfdst. 8 van het Bgfo, maar ook in rechtstreeks werkende Europese uitvoeringsverordeningen, in het bijzonder Gedelegeerde Verordening 2017/565.
64. Zie voor beleggingsdienstverlening diverse bepalingen in Afdeling 4.2.3 (Zorgvuldige dienstverlening) Wft. Deze bepalingen zijn deels nader uitgewerkt in gedetailleerde uitvoeringsregels, deels in hfdst. 8 van het Bgfo, maar ook in rechtstreeks werkende Europese uitvoeringsverordeningen, in het bijzonder Gedelegeerde Verordening 2017/565. Zie nader de hoofdstukken opgenomen in Deel IVB – Gedragstoezicht (omgang met cliënten) van Busch & Lieverse 2019; hfdst. III en V in Busch 2014. Zie voor crowdfundingdienstverleners vooral hfdst. IV (Beleggersbescherming), maar ook hfdst. II (Verlening van crowdfundingdiensten en organisatorische en operationele vereisten voor crowdfundingdienstverleners) van Verordening (EU) 2020/1503 (Crowdfundingverordening). Zie nader de hoofdstukken opgenomen in de delen III en V van Ortelani & Louisse 2021. Zie voor aanbieders van cryptoactivadiensten Titel V, hfdst. 2 (Verplichtingen voor alle aanbieders van cryptoactivadiensten) en 3 (Verplichtingen met betrekking tot specifieke cryptoactivadiensten) van Verordening (EU) 2023/1114 (Markets in Crypto Assets Regulation, MiCAR). MiCAR is nu nog niet van toepassing, maar zal voor een belangrijk deel van toepassing zijn vanaf 30 december 2024.
65. Zie enerzijds (i) diverse bepalingen in Afdeling 4.2.3 (Zorgvuldige dienstverlening) Wft (consumptief krediet en hypothecair krediet), deels nader uitgewerkt in gedetailleerde uitvoeringsregels, opgenomen in hfdst. 8 van het Bgfo, zie anderzijds (ii) art. 7:57-7:83 BW (consumptief krediet) en 7:118-7:128c BW (hypothecair krediet aan consumenten). De bepalingen inzake consumptief krediet vormen de implementatie van de Richtlijn consumentenkrediet (Richtlijn 2008/48/EG). De bepalingen inzake hypothecaire krediet vormen de implementatie van de Richtlijn hypothecair krediet (Richtlijn 2014/17/EU). Zie over de Nederlandse implementatie van de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn hypothecair krediet bijv. Van Poelgeest 2020 (behandeling van zowel de implementatie in het BW als in de Wft en de lagere regelgeving); Biemans & Van Schaick 2021, hfdst. 2 en 6 (behandeling implementatie in het BW). Ook de Richtlijn betaaldiensten II (Richtlijn (EU) 2015/2366) is deels geïmplementeerd in de Wft en uitvoeringsregels, en deels in Boek 7 BW. Zie bijv. Van Esch 2023 (behandeling van zowel de im-

Als de financiële instelling de gedetailleerde gedragsregels correct heeft nageleefd, betekent dit nog niet noodzakelijkerwijs dat de financiële instelling voldoende heeft gedaan om de klant te beschermen. De Hoge Raad heeft immers al meermalen beslist dat de civiele zorgplicht verder kan reiken dan de gedetailleerde gedragsregels als dat gelet op de omstandigheden van het geval geïndiceerd is.⁶⁶ Daarmee zijn wij aanbeland bij de tweede route waarlangs de zwakkere partij in de financiële sector wordt beschermd.

2.8.3 Civielrechtelijke zorgplicht

2.8.3.1 Onderzoeks- en adviesplicht

Allereerst is daar de onderzoeksplicht, eventueel gepaard gaand met een adviesplicht. Op grond van de zorgplicht wordt veelal aangenomen dat de bank een precontractuele plicht heeft om de inkomens- en vermogenspositie van de klant in kaart te brengen, zodat gezien kan worden of een bepaalde financiële dienst of een bepaald financieel product al dan niet geschikt is voor de klant in kwestie. De Hoge Raad sluit veelal aan bij de ken-uw-cliënt-regels uit hoofde van de gedetailleerde gedragsregels. Als uit het onderzoek van de bank naar de inkomens- en vermogenspositie blijkt dat de financiële positie van de klant dusdanig is dat de aanschaf een onaanvaardbaar zware financiële last oplevert, kan de zorgplicht meebrengen dat de bank de plicht heeft de klant te adviseren het product niet af te nemen. Dat is althans de route die de Hoge Raad bewandelde in de effectenlease-arresten uit 2009.⁶⁷

2.8.3.2 Waarschuwings- en vergewisplicht

Daarnaast vloeit uit de zorgplicht veelal de verplichting voort de klant in uitdrukkelijke en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te waarschuwen voor de bijzondere risico's die aan een financieel product

plementatie in het BW als in de Wft en de lagere regelgeving); Mijnsen 2017, hfdst. 4 (behandeling implementatie in het BW).

66. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.11.5; HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.5; HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, r.o. 3.4.2. De bijzondere zorgplicht mag op gelijke wijze verder reiken dan zelfregulering, zoals gedragscodes.

67. Zie o.a. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815. Zie over de schending van de bijzondere zorgplicht door schending van ken-uw-cliënt-regels ook HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914 (schending bijzondere zorgplicht door niet-naleving ken-uw-cliënt-regels bij beleggingsadvies); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4440 (schending bijzondere zorgplicht door niet-naleving ken-uw-cliënt-regels bij vermogensbeheer).

of financiële dienst zijn verbonden.⁶⁸ In latere rechtspraak heeft de Hoge Raad er nog een schepje bovenop gedaan door (in ieder geval onder omstandigheden) te vergen dat de bank de plicht heeft vervolgens te verifiëren of de klant het echt begrepen heeft (vergewisplicht).⁶⁹ Het zal duidelijk zijn dat de waarschuwings- en vergewisplicht over het algemeen verder zullen gaan dan enkel in gestandaardiseerde vorm precontractuele informatie verstrekken. Van financiële instellingen kan onder omstandigheden dus meer worden gevraagd dan enkel het naleven van de gedetailleerde gedragsregels zoals opgenomen in de toezichtregels en het BW. Vooral naleving van de vergewisplicht zal geen gemakkelijke opgave zijn, want hoever moet een financiële instelling hierin gaan? Al aangenomen dat er voorafgaand aan het verlenen van een dienst of de verkoop van een financieel product persoonlijk contact is (dat is door de voortschrijdende digitalisering van de dienstverlening steeds minder het geval, al kan beeldbellen wellicht enige compensatie bieden), is het dan afdoende als de adviseur de klant vraagt of hij alle waarschuwingen begrepen heeft? En als een klant dan glazig terugkijkt en zegt dat hij het allemaal wel begrepen heeft, heeft de bank dan voldaan aan de vergewisplicht? Of moet de bank verder gaan door controlevragen stellen of zelfs te vragen of de klant in eigen woorden kan navertellen wat de risico's zijn? Een riskante aangelegenheid voor een adviseur, want niet alle klanten zullen hiervan gediend zijn.

2.9 Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie

2.9.1 Legitimiteit

Vrij algemeen wordt de bescherming van de zwakkere partij als een legitieme reden beschouwd om de contractvrijheid aan banden te leggen. Voor banken en andere financiële instellingen is dit niet anders. Maar, zoals al werd aangegeven in hoofdstuk 1, par. 1.4, enkel een legitiem doel is niet voldoende. Als aannemelijk is dat effectieve bescherming van de zwakkere partij met minder vergaande inperkingen van de contractvrijheid dan een weigeringsplicht kan worden bereikt, dan verdient die minder vergaande inperking de voorkeur.

2.9.2 Gedragswetenschappelijk onderzoek

Uit gedragswetenschappelijk onderzoek blijkt dat het effect van waarschuwings- en adviesplichten op financiële beslissingen beperkt is.⁷⁰ Ook de

68. Zie o.a. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (vermogensbeheer).

69. Zie o.a. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914 (beleggingsadvies).

70. Zie recentelijk Bouwman 2023, p. 233-235 (met verdere verwijzingen).

effectiviteit van gedetailleerde informatieplichten wordt inmiddels in brede kring in twijfel getrokken, want deze stortvloed aan informatie wordt niet of nauwelijks gelezen, althans niet door particuliere beleggers.⁷¹

Betekent het voorgaande dat we wettelijke weigeringsplichten dan maar breed moeten uitrollen in de financiële sector omdat andere strategieën om de zwakkere wederpartij te beschermen niet voldoende effectief zijn? Niet per se, want er zijn misschien nog wel enkele andere, minder vergaande, opties.

2.9.3 Nudging, eenvoudig taalgebruik & financiële educatie

Om te beginnen kan de inzet van nudging in de wijze waarop financiële instellingen informatie moeten verstrekken en moeten waarschuwen, de effectiviteit van informatie- en waarschuwingsplichten wellicht verbeteren.⁷² Ook eenvoudiger taalgebruik (*plain language*) en aandacht op scholen voor financiële geletterdheid kan mogelijk helpen.⁷³ De Omnibusrichtlijn die de Europese Commissie recent publiceerde als onderdeel van haar Retail Investment Strategy wil financiële scholing op nationaal niveau uitdrukkelijk bevorderen.⁷⁴ Of dit soort strategieën een betekenisvolle bijdrage

71. Zie bijv. Moloney 2010, p. 288 e.v.; Enriques & Gilotta 2015; Colaert 2018; Broekhuizen 2016, p. 100 e.v.; 't Hart & Du Perron 2006; Van Kleef 2023, p. 84 (alle met verdere verwijzingen naar gedragseconomische literatuur).

72. Zie Bouwman 2023, p. 235-243. Al denk ik dat Broekhuizen zeker een punt heeft waar hij schrijft dat nudging makkelijker gezegd is dan gedaan: 'Ik ben zeker geen tegenstander van *nudging*, maar het punt dat ik vanmiddag wil maken is dat *nudging* geen pasklare en alomvattende oplossing biedt voor alle problemen waarvoor beleidsmakers en toezichthouders zich in het kader van het thema beperkte rationaliteit gesteld zien. Het is boeiende materie voor nader *noodzakelijk* onderzoek, niet alleen waar het gaat over de indringende vragen omtrent autonomie en paternalisme, maar zeer zeker ook waar het betreft meer praktische toepassingsvragen — wat werkt in welke situatie? Als mensen door onze wetgever of door een toezichthouder een bepaalde kant worden opgestuurd en het pakt verkeerd uit, dan kunnen goed bedoelde interventies lelijke consequenties hebben. *Nudging* is gemakkelijker gezegd dan gedaan.' Zie Broekhuizen 2018b, p. 453 (nr. 5.11).

73. Al is het met de financiële geletterdheid in Nederland vergeleken met de rest van de EU-landen niet slecht gesteld: uit een in juli 2023 gepubliceerd onderzoek van de Europese Commissie blijkt dat 43% van de Nederlandse respondenten over een hoog niveau van financiële geletterdheid beschikt, 39% gemiddeld financieel geletterd is, en 18% moet worden aangemerkt als laag financieel geletterd. Daarmee heeft Nederland het hoogste percentage hoog financieel geletterden, gevolgd door Finland (40%), Denemarken (40%) en Estland (39%). Zie europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2953. Financiële geletterdheid vraagt constante aandacht om dit zo te houden en hopelijk nog te verbeteren, want toch nog 18% van de Nederlanders is laag financieel geletterd.

74. COM/2023/279 def., p. 25: 'Om ervoor te zorgen dat de lidstaten maatregelen op het gebied van financiële scholing op nationaal niveau bevorderen, zodat bestaande en toekomstige retailbeleggers in staat zijn verantwoord te beleggen, worden met art. 1, punt 22, en art. 2, punt 9, respectievelijk het nieuwe art. 88 bis MiFID II [= Markets in

kunnen leveren aan de bescherming van de zwakkere partij in de financiële sector zal moeten blijken.

2.9.4 Productgoedkeuringsregels

Men kan ook veel eerder in de cyclus ingrijpen en regels maken die moeten voorkomen dat schadelijke producten überhaupt op de markt komen. Dit heeft de afgelopen jaren de vorm gekregen van een wettelijk verplicht productgoedkeuringsproces. Deze productgoedkeuringsregels zijn in het voorgaande besproken (par. 2.7).

Over de effectiviteit van dit type regels is inmiddels wel iets bekend. In 2020 zijn deze regels in opdracht van het Ministerie van Financiën geëvalueerd.⁷⁵ In het evaluatierapport wordt geconcludeerd dat de wettelijke regeling weliswaar bijdraagt aan verkleining van de kans dat pertinent slechte financiële producten de weg naar de markt vinden, maar ook dat het doel nog niet volledig is bereikt. Uit het onderzoek blijkt geen aanleiding om de wet aan te passen: de tekst van de wet voldoet. Het verbeteren van het doelbereik is te realiseren in de toepassing en de naleving van de wet door financiële instellingen. Aandacht van de AFM is en blijft nodig om naleving van de wettelijke regeling te stimuleren en te borgen. Het rapport signaleert de volgende aandachtspunten voor het toezicht door de AFM: (1) de implementatie en toepassing van het productgoedkeuringsproces in marktsegmenten zoals kredietaanbieders, beheerders van beleggingsinstellingen, gevolmachtigden⁷⁶ en serviceproviders⁷⁷, (2) de implementatie en toepassing bij de kleinere partijen die tot dusver minder vaak betrokken zijn bij de onderzoeken naar de naleving van de productgoedkeuringsregels door de AFM en (3) de toepassing van het productontwikkelingsproces bij reviews van bestaande producten.⁷⁸

Kortom, voordat we naar het paardenmiddel van een wettelijke weigeringsplicht grijpen zijn er nog wel wat andere opties om de zwakkere partij te

Financial Instruments Directive, DB] en art. 16 bis IDD [= Insurance Distribution Directive, DB] ingevoegd.'

75. Rapport KWINK Groep (2020). Omwille van de transparantie zij opgemerkt dat uw preadviseur een van de auteurs van dit rapport is.

76. Dit zijn financiële instellingen die bevoegd zijn namens een verzekeraar verzekeringen af te sluiten en te beheren. Ook kunnen ze producten samenstellen, en op de markt aanbieden. Veel gevolmachtigden zijn onderdeel van een groep waar ook een serviceprovider in zit. Zie Rapport KWINK Groep 2020, p. 10.

77. Serviceproviders worden wel beschouwd als de 'groothandel' in de keten van financiële producten. Zij verzorgen bijvoorbeeld de gezamenlijke inkoop van financiële producten. Zij vormen een schakel in de keten tussen aanbieders en intermediair en verrichten werkzaamheden voor de intermediair, maar hebben vrijwel geen direct contact met consumenten. Zie Rapport KWINK Groep 2020, p. 10.

78. Rapport KWINK Groep 2020, p. 32-35.

beschermen die we nu eerst maar eens een faire kans moeten geven. Bovendien vormen weigeringsplichten niet alleen een forse inbreuk op de contractvrijheid van de financiële instelling, maar natuurlijk ook op die van de klant of andere wederpartij. Een regelrechte weigeringsplicht laat ook geen ruimte voor de eigen verantwoordelijkheid van de klant of andere wederpartij, omdat hij dan niet meer zelf mag beslissen of hij de dienst of het product afneemt.⁷⁹

2.9.5 Productinterventie

Bovendien, als sprake is van een significante reden tot bezorgdheid over de beleggersbescherming, kan de AFM gebruikmaken van haar bevoegdheid tot productinterventie en de aanbieder van een bepaald type financieel product aan in het bijzonder niet-professionele beleggers verbieden of hieraan voorwaarden verbinden. Dit zal voor financiële instellingen dan resulteren in een verplichting de verkoop ervan aan niet-professionele beleggers hoe dan ook te weigeren, dan wel te weigeren als niet aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan.

De voorwaarden die verbonden zijn aan de uitoefening van de vérstrekken-de bevoegdheid van de toezichthouder tot productinterventie vormen een waarborg dat deze bevoegdheid enkel mag worden ingezet als het ook echt nodig is. Deze bevoegdheid kan enkel worden ingezet (i) als sprake is van een significante reden tot bezorgdheid over de beleggersbescherming, (ii) op het moment dat het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of de grondstoffenmarkten, of de stabiliteit van het financiële stelsel wordt bedreigd, en/of (iii) een derivaat een negatief effect heeft op het prijsvormingsmechanisme op de onderliggende markt. En er gelden nog aanvullende vereisten, want de bevoegdheid kan pas ingezet worden als (1) er geen andere bestaande regels zijn om deze bedreigingen op adequate wijze af te wenden, (2) de bedreigingen niet beter met toezicht of handhaving van de bestaande regels kan worden aangepakt, en (3) de interventie maatregel evenredig is en rekening houdt met de aard van de bedreiging, het kennisniveau van de desbetreffende beleggers of deelnemers en het verwachte effect. Door deze vereisten is in beginsel gewaarborgd dat de inbreuk op de contractvrijheid van partijen proportioneel zal zijn.

79. Vgl. reeds Nieuwenhuis 2009, onder het kopje 'Het beginsel van de contractsvrijheid'. Al betekent schending van een weigeringsplicht nog niet dat de klant of andere wederpartij de volledige schade die hij of zij hierdoor heeft geleden vergoed krijgt. De voor vergoeding in aanmerking komende schade kan immers nog wel verminderd worden op grond van het leerstuk van de eigen schuld (art. 6:101 BW). Zie nader par. 2.3.2 en par. 2.3.3, hierboven.

Dan het punt van consistentie. De wetgever spant zich er duidelijk voor in dat de bevoegdheid tot productinterventie in relatie tot zoveel mogelijk typen financiële producten voorhanden is (ook MiCAR voorziet bijv. in de bevoegdheid tot productinterventie ter zake van cryptoactiva), maar door de snelle ontwikkelingen op de financiële markten worden er steeds weer nieuwe producten ontwikkeld en op de markt gebracht die niet onder bestaande wettelijk gedefinieerde categorieën kunnen worden geschaard. In zoverre blijft consistentie een constant punt van aandacht. Het valt immers niet goed uit te leggen waarom de bevoegdheid tot productinterventie ineens niet voorhanden is in relatie tot producten die zo nieuw zijn dat de wetgever er simpelweg niet aan heeft gedacht de bevoegdheid tot productinterventie zich te laten uitstrekken tot die nieuwe producten. Hier wreekt zich het feit dat in Nederland en Europa steeds gewerkt wordt met relatief gesloten definities van typen financiële producten. Enerzijds wellicht goed voor de rechtszekerheid (al bieden deze gesloten definities in de praktijk zeker niet altijd de duidelijkheid die men zou wensen), maar anderzijds bieden zij onvoldoende flexibiliteit om in te kunnen spelen op nieuwe ontwikkelingen.

2.9.6 Aanpassing productgoedkeuringsregels

Ter zake van de wettelijke productgoedkeuringsregels heb ik de volgende suggestie. Nu is het zo dat het een financiële instelling op zichzelf genomen niet verboden is een product aan te bieden buiten de doelmarkt die zij zelf heeft gedefinieerd.⁸⁰ Eigenlijk is dat vreemd, want de financiële instelling geeft hiermee in feite zelf aan dat het product ongeschikt is voor beleggers die buiten de doelmarkt vallen. Het zou naar mijn mening geen disproporzionele inbreuk op de contractvrijheid van zowel de financiële instelling als de wederpartij vormen als de wet expliciet zou bepalen dat het verboden is producten buiten de doelmarkt te verkopen.

Net als in relatie tot de bevoegdheid tot productinterventie (zie hierboven) geldt ter zake van de productgoedkeuringsregels dat consistentie door de snelle ontwikkelingen op de financiële markten een constant punt van aandacht zal moeten zijn. Voor cryptoactiva gelden geen productgoedkeuringsregels. Ook zodra MiCAR van kracht wordt zal dit niet anders zijn, want MiCAR voorziet opvallend genoeg niet in productgoedkeuringsregels ter zake van cryptoactiva (terwijl zij wel voorziet in de bevoegdheid tot productinterventie) (zie par. 2.7.1, par. 2.6 en par. 2.9.5, hierboven). Wat betreft consistentie scoort dit natuurlijk zwak.

80. Zie par. 2.7.1, hierboven.

En wat te denken van de andere wettelijke weigeringsplichten die in dit hoofdstuk zijn besproken? Vormen zij een proportionele inbreuk op de contractvrijheid van zowel de financiële instelling als de wederpartij? En hoe is het gesteld met de consistentie?

2.9.7 Marginplicht

Ik meen al met al dat de wettelijke marginplicht een disproportionele inbreuk maakt op de contractvrijheid van partijen. Ook de financiële instelling zelf heeft er alle belang bij dat er voldoende margin wordt gestort. Dat blijkt ook wel uit het feit dat het in de praktijk gebruikelijk is dat ook professionele beleggers margin moeten storten. Niet uit hoofde van de wet (de wettelijke marginplicht geldt immers enkel in relatie tot niet-professionele beleggers), maar omdat partijen dat zo hebben afgesproken in het raamcontract. We kunnen het opleggen van een marginplicht dus met een gerust hart overlaten aan partijen.

Als een financieel product echt heel erg schadelijk is, dan kan de AFM gebruikmaken van haar bevoegdheid tot productinterventie en de aanbieder ervan verbieden of hieraan voorwaarden verbinden. Een van die voorwaarden kan ook het opleggen van een marginplicht zijn. Dat is ook precies een van de voorwaarden die de AFM heeft gesteld aan de aanbieder van ‘contracts for differences’(CFD’s) aan niet-professionele beleggers. Een afzonderlijke wettelijke grondslag voor de marginplicht zoals wij die nu kennen is dus niet nodig. Verder staat de niet-professionele belegger hoe dan ook niet met lege handen. Uit de civiele zorgplicht zal in de regel onverminderd voortvloeien dat (1) er een onderzoeksplicht geldt en eventueel zelfs een adviesplicht, en (2) er een waarschuwingsplicht geldt en eventueel zelfs een vergewisplicht.⁸¹

Hiermee zijn wij aanbeland bij het punt van de consistentie. Het blijft lastig uit te leggen waarom bij andere complexe financiële producten in beginsel wordt volstaan met minder vergaande strategieën ter bescherming van de zwakkere partij dan een weigeringsplicht (zie par. 2.8, hierboven). Over de wettelijke verankering van de marginplicht lijkt niet heel diep te zijn nagedacht. Een consistente bescherming van de zwakkere partij in de financiële sector lijkt geen punt van aandacht te zijn geweest.

81. Zie aldus in relatie tot opties en futures: HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914 (beleggingsadvies), r.o. 3.4, gelezen in verbinding met r.o. 3.3.3 en 3.3.5.

2.9.8 Weigeringsplicht & cliënten- en orderremisiers

De voormalige wettelijke weigeringsplicht uit hoofde van artikel 41 NR 1999 die in de context van de verkoop van effectenleaseproducten via cliënten- en orderremisiers die hun boekje te buiten gingen (terwijl de aanbieder dit wist of behoorde te weten) tot veel rechtspraak heeft geleid, lijkt mij evenmin resulteren in een proportionele inbreuk op de contractvrijheid van aanbieders van effectenleaseproducten en hun kopers. Als deze wettelijke weigeringsplicht niet zou hebben bestaan, zouden partijen die effectenleaseproducten hebben gekocht via cliënten- en orderremisiers die hun boekje te buiten gingen (terwijl de aanbieder dit wist of behoorde te weten), in elk geval niet met lege handen staan. Zij zouden van de aanbieder dan schade kunnen claimen uit hoofde van een schending van de zorgplicht, op dezelfde voet als waarop kopers van effectenleaseproducten dit kunnen doen die hun aankoop niet hebben gedaan via cliënten- en orderremisiers die het niet zo nauw nemen met de regels. Dat zou voor partijen die effectenleaseproducten hebben gekocht via cliëntenremisiers die zonder vergunning adviseerden in beginsel weliswaar resulteren in een lagere schadevergoeding, maar de royale uitzonderingspositie van kopers van effectenleaseproducten die hun aankoop toevallig hadden gedaan via zo'n tussenpersoon (terwijl de aanbieder dit wist of behoorde te weten) was vanuit het perspectief van een consistente bescherming van de zwakkere partij ook eigenlijk niet goed uit te leggen.⁸² Let wel: voor partijen die hun effectenleaseproducten hebben aangeschaft door tussenkomst van een orderremisier zonder vergunning blijft de schadevergoeding in beginsel gelijk. Ondanks het feit dat de aanbieder ook in dit geval een weigeringsplicht had uit hoofde van artikel 41 NR 1999, bestaat hier naar het oordeel van de Hoge Raad immers geen aanleiding om van het hof-model af te wijken (zie par. 2.4.3). Hoe dan ook, over de hier aan de orde zijnde weigeringsplicht lijkt niet heel fundamenteel te zijn nagedacht, althans niet vanuit civielrechtelijk perspectief, en een consistente bescherming van de zwakkere partij in de financiële sector lijkt geen punt van aandacht te zijn geweest.

2.9.9 Verbod op overkreditering

Met het verbod op overkreditering heb ik minder problemen. Om te beginnen resulteert het welhaast per definitie in een proportionele inbreuk op de contractvrijheid van partijen. Als bij een bepaald bedrag sprake is van

82. Vgl. Hof Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3101, maar die uitspraak is zoals bekend vervolgens vernietigd, zie HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935. Zie nader par. 2.4.2, hierboven.

overkreditering, is het uitlenen van een lager bedrag waarbij geen sprake is van overkreditering immers nog steeds mogelijk.

Dan de consistentie. Een lastig punt. Krediet is in beginsel een relatief eenvoudig financieel product, maar toch geldt er een weigeringsplicht, terwijl een weigeringsplicht zelfs bij complexe beleggingsproducten zeker niet het uitgangspunt is. Maar er is ook nog iets anders aan de hand. Beleggen is heel goed mogelijk zonder geld te lenen, terwijl geld lenen juist de essentie van krediet is. Wat men met zijn of haar eigen geld wil doen mag men in principe zelf weten, dus ook risicovol beleggen is toegestaan. Als het aankomt op risicovol beleggen bestaat er als uitgangspunt dus geen weigeringsplicht voor financiële instellingen die bij de aanschaf van die beleggingen betrokken zijn. Als men zich tot een bank of andere kredietverstrekker wendt, heeft die professionele partij het in haar macht om een te hoge schuldenlast van consumenten te voorkomen. Het is wat mij betreft al met al begrijpelijk dat die macht vertaald is naar een wettelijke verplichting om overkreditering te voorkomen. Dat overkreditering problematisch is, is iets waarover we het zeker in een zuinig landje als Nederland vermoedelijk snel eens kunnen zijn. Of een financieel product wel of niet te risicovol is voor particuliere beleggers is daarentegen iets waarover we stevig van mening kunnen verschillen, tenzij het gaat om evident zeer risicovolle producten zoals binaire opties. Bovendien, de meesten van ons kunnen er niet omheen geld te lenen van de bank als zij een huis willen kopen. Beleggen is een stuk minder noodzakelijk, het is toch vooral een eigen keuze. Beleggers kunnen wellicht ook om die reden op minder sympathie rekenen van de wetgever, zodat ter zake van de aanschaf van beleggingen als uitgangspunt geen wettelijke weigeringsplicht rust op de financiële instelling die hierbij betrokken is.

2.9.10 Ken-uw-cliënt-regels & weigeringsplichten

Voorts, wanneer een bank in de context van beleggingsadvies of vermogensbeheer niet de op grond van de ken-uw-cliënt-regels vereiste informatie opvraagt, beveelt zij de cliënt of potentiële cliënt geen beleggingsdiensten of financiële instrumenten aan. Deze weigeringsplicht (of, wellicht correcter, dit verbod) lijkt mij alleszins proportioneel. Als de adviseur of vermogensbeheerder onvoldoende informatie heeft over de klant, dan kan hij immers ook niet beoordelen of een bepaald product een goede match voor hem is.

Ook de weigeringsplicht die (of, wellicht correcter, het verbod dat) inhoudt dat geen aanbeveling wordt gegeven of handelsbeslissing wordt genomen als geen van de diensten of instrumenten geschikt is voor de cliënt, lijkt mij een weigeringsplicht die op proportionele wijze inbreuk maakt op de

contractvrijheid van zowel de adviseur/vermogensbeheerder als die van de klant.

Dit alles betekent overigens niet dat de klant dit voor hem ongeschikte product niet kan kopen. Hij kan altijd nog via een execution-only-kanaal (bij dezelfde of een andere bank) dit voor hem ongeschikte product aanschaffen. Voor de execution-only-dienstverlener geldt er immers geen weigeringsplicht, maar *hooguit* een waarschuwplicht. Hooguit, want normaal gesproken geldt er zelfs geen waarschuwplicht. Dit heeft te maken met de wijze waarop een execution-only-kanaal doorgaans is ingericht. Als een klant een execution-only-dienstverleningsrelatie aangaat met een bank, moet er bij aanvang weliswaar veelal een beperkte ken-uw-cliënt-toets worden afgenomen (en moet de cliënt ook gewaarschuwd worden als deze dienst voor hem niet passend is), maar daarna kan de klant via een veelal digitale omgeving zelf orders plaatsen die worden uitgevoerd zonder dat de bank nog een nadere check uitvoert. Kortom, de bank is niet verplicht te verifiëren of de concrete order past binnen het profiel van de klant en is dus logischerwijs ook niet verplicht hem te waarschuwen en/of hem te adviseren het product niet te kopen.⁸³ Dit mag ook worden afgeleid uit artikel 56 lid 2 onder (b) MiFID II-Uitvoeringsverordening 2017/565, waar wordt gesproken over een ‘eventueel [curs. DB] aan de cliënt gegeven waarschuwing’.⁸⁴

Net als in relatie tot de productgoedkeuringsregels en de bevoegdheid tot productinterventie (zie par. 2.9.4 en 2.9.5 hierboven) geldt ter zake van de zojuist behandelde weigeringsplichten dat consistentie door de snelle ontwikkelingen een constant punt van aandacht zal moeten zijn. Voor advisering over verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten geldt overigens een vergelijkbare regeling, en voor advisering over cryptoactiva en het beheer van cryptoactivaportefeuilles uit hoofde van de Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR) zal dit straks niet anders zijn.

2.9.11 Productinterventie, mensenrechten & milieu

Tot slot nog het volgende. Is het denkbaar dat de bevoegdheid tot productinterventie wordt ingezet om financiële producten te verbieden die beleggen in vervuilde bedrijven of in bedrijven die mensenrechten schenden? En wat als de AFM niet in actie komt, bijvoorbeeld omdat deze toch niet volledig zeker is of de bevoegdheid tot productinterventie wel zover strekt, en de wetgever een dergelijk verbod niet snel genoeg voor elkaar krijgt

83. Zie in deze lijn de CvB KiFiD 17 oktober 2019 (2019-934) (omwille van de transparantie zij vermeld dat uw preadviseur een van de bindend adviseurs was die de beslissing heeft gewezen).

84. Zie hierover ook par. 2.5.2, hierboven.

terwijl de klimaatnood heel hoog is (en is die nood nu niet al heel hoog)? Is het dan denkbaar dat de civiele rechter op enig moment bereid zal zijn te oordelen dat financiële instellingen een duurzaamheidszorgplicht hebben jegens derden, met inbegrip van toekomstige generaties, die onder meer meebrengt dat het financiële instellingen verboden is nog langer niet-duurzame financiële producten te verkopen?⁸⁵

Dit lijken nu misschien nog radicale gedachten, maar het duurzaamheidsdenken is zonder enige twijfel in opmars, en dat geldt zeker ook voor de financiële sector. Zo zagen wij al dat het verbod op overkreditering in relatie tot hypothecair krediet in toenemende mate (niet enkel beoogt de consument te beschermen tegen een te hoge schuldenlast, maar) óók een bijdrage wil leveren aan de energietransitie door verduurzaming van woningen te stimuleren. We zagen ook dat (1) de precontractuele informatieplichten recentelijk zijn uitgebreid met gedetailleerde voorschriften over (i) duurzaamheidsrisico's verbonden aan financiële producten en (ii) de mate van duurzaamheid van financiële producten, (2) de ken-uw-cliënt-regels sinds kort bepalen dat ook de duurzaamheidsvoorkeuren van de klant in kaart moeten worden gebracht, en (3) de productgoedkeuringsregels aldus zijn aangevuld dat bij het vaststellen van (i) de potentiële doelmarkt van een financieel instrument en (ii) de doelstellingen van de doelgroep óók rekening moet worden gehouden met de duurzaamheidsdoelstellingen van de doelgroep. Zie ook hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.2 over het voorstel van de Europese Commissie inzake de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), waarin een vergelijkbare gedachtegang valt te ontwaren.

85. In HR 12 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*De Staat der Nederlanden/Stichting Urgenda*) werd het door de rechtbank gegeven en door het hof bekrachtigde bevel aan de Nederlandse Staat om de uitstoot van broeikasgassen per eind 2020 met minstens 25% terug te brengen ten opzichte van 1990, bekrachtigd, een en ander op basis van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), meer in het bijzonder art. 2 (recht op leven), 8 (recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven) en 13 (effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van het EVRM). Zie ook Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. In deze zaak werd Royal Dutch Shell plc (RDS) bevolen om via het concernbeleid van de Shell-groep te zorgen voor CO₂-reductie van de Shell-groep, haar toeleveranciers en afnemers. Dat volgt naar het oordeel van de rechtbank Den Haag uit de voor RDS geldende ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die de rechtbank heeft ingevuld aan de hand van de feiten, breed gedragen inzichten en internationaal aanvaarde standaarden. Enig rechterlijk duurzaamheidsactivisme valt dus wel te bespeuren in de Nederlandse civiele rechtspraak. Vgl. ook Heemskerk & Cox 2023, p. 101. Zij schrijven o.m. dat 'bancaire klimaataansprakelijkheid vooral zal dwingen tot het weigeren van financiering en daarmee samenhangende producten'.

Hoofdstuk 3

Weigeringsplichten, integriteitsrisico's, mensenrechten & milieu

3.1 Inleiding

De wettelijke weigeringsplichten die in het vorige hoofdstuk werden besproken vinden zonder uitzondering (in ieder geval mede) hun rechtvaardiging in de bescherming van de zwakkere partij. Maar dit is niet altijd de reden voor het bestaan van wettelijke weigeringsplichten in de financiële sector. Wettelijke weigeringsplichten 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.¹ Schending van mensenrechten en milieuvervuiling worden op dit moment (nog?) niet beschouwd als integriteitsrisico's. In dit hoofdstuk zal ik er daarom van uitgaan dat deze risico's een status aparte hebben. Het is om die reden dat de titel van dit hoofdstuk expliciete melding maakt van mensenrechten en milieu, naast integriteitsrisico's (hetzelfde geldt voor de titel van hoofdstuk 7).

3.2 Weigeringsplichten & anti-witwasregels

3.2.1 De bredere context

De regelgeving ter zake van het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering is al geruime tijd van Europese origine (eerste t/m vijfde Anti-witwasrichtlijn²) maar het toezicht is voornamelijk op nationaal niveau gere-

1. 'Integriteitsrisico' wordt in de financiële toezichtwetgeving omschreven als een 'gevaar voor aantasting van de reputatie of bestaande of toekomstige bedreiging van vermogen of resultaat van een financiële onderneming als gevolg van een ontoereikende naleving van hetgeen bij of krachtens enig wettelijk voorschrift is voorgeschreven.' Zie de gelijkluidende definities van 'integriteitsrisico' in art. 1 van het Besluit prudentiële regels en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen. Zie nader over integriteitsrisico's bijv. DNB, 'De integriteit-risicoanalyse — Meer waar dat moet, minder waar dat kan' (17 augustus 2015) (dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht-fasen/lopend-toezicht/toezicht-op-financieel-economische-criminaliteit-integriteitstoezicht/good-practices-de-integriteitrisicoanalyse-meer-waar-dat-moet-minder-waar-dat-kan/).
2. Richtlijn 91/308/EG; Richtlijn 2001/97/EG; Richtlijn 2005/60/EG; Richtlijn (EU) 2015/849; Richtlijn (EU) 2018/843. De zesde Anti-witwasrichtlijn is overigens alweer in aantocht, zie COM/2021/423 def. voor het voorstel d.d. 20 juli 2021 van de Europese Commissie.

geld.³ De regels gelden weliswaar niet enkel voor de financiële sector, maar de naleving van deze regels is vooral een hoofdpijndossier gebleken voor de grote, in heel Europa opererende banken zoals ING, ABN AMRO en Rabobank. Mede gelet op het feit dat het hier minimumharmonisatie betreft, wordt dit soort banken per lidstaat geconfronteerd met verschillende regels en beleid op dit terrein, wat naleving extra complex maakt en de compliancekosten hoog.

In Nederland zijn deze Europese regels geïmplementeerd in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen.⁴ Wat verwacht de Wwft van de banken, en waarom?⁵ Om met die laatste vraag te beginnen: de gedachte is dat banken als geen ander in staat zijn een bijdrage te leveren aan de opsporing van witwassen en terrorismefinanciering, omdat zij nu eenmaal een spilfunctie vervullen in het (internationale) betalingsverkeer. Concreet wordt er van de banken het volgende verwacht. Voordat zij een nieuwe klant accepteren moeten zij een klantonderzoek verrichten, ook wel *customer due diligence* (CDD) of *client onboarding* genoemd. De bank moet dan de identiteit van de cliënt vaststellen en deze ook verifiëren. Als de identiteit niet achterhaald en geverifieerd kan worden, moet de bank de klant weigeren. De transacties van eenmaal geaccepteerde klanten moeten doorlopend gemonitord worden. De bank moet de klantrelatie beëindigen als zij niet kan voldoen aan de Wwft. Dit is de *poortwachtersfunctie*. Als de bank ongebruikelijke geldstromen signaleert van en naar bankrekeningen van haar klanten, heeft zij een meldplicht. Dat wil zeggen: ongebruikelijke transacties moeten gemeld worden bij de Financial Intelligence Unit (FIU),

3. Als het aan de Europese Commissie ligt gaat dit deels veranderen door de oprichting van een heuse Europese anti-witwasautoriteit. Zie daarover: Snijder-Kuipers 2023, p. 150-152.

4. Zoals het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 en de Uitvoeringsregeling Wwft.

5. Binnen de financiële sector moet de Wwft ook worden nageleefd door allerlei andere financiële instellingen dan banken, zie voor de complete lijst art. 1a lid 1-3 en 4 onder (l) en (m) Wwft. Ook trustkantoren vallen onder de Wwft (zie art. 1a lid 4 onder (f) en (g) Wwft), maar met trustkantoren is iets bijzonders aan de hand. Zij vallen (krachtens art. 3 lid 14 Wwft) voor de verplichting om klantonderzoek te doen namelijk alleen onder de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018). De Wwft is voor trustkantoren daarom vooral nog van belang voor de meldingsplicht aan de Financial Intelligence Unit (FIU). De weigeringsplicht wordt voor trustkantoren dus beheerst door de Wtt 2018. Zie bijvoorbeeld art. 27 Wtt 2018 voor trustdienst a en b genoemd in de definitie van 'trustdienst' in art. 1 Wtt 2018 (het in opdracht van een natuurlijke of rechtspersoon zijn van bestuurder van een rechtspersoon (dienst a) of het ter beschikking stellen van een post- of bezoekadres (dienst b)). Dit zijn nóg strengere eisen voor klantonderzoek dan de Wwft stelt.

een zelfstandig orgaan van de Staat, ondergebracht bij de Nederlandse politie. Dit wordt ook wel de *opsporingstool* genoemd.⁶

(i) *Strafrechtelijke impact*

De afgelopen jaren hebben de anti-witwasregels ingrijpende strafrechtelijke gevolgen gehad voor met name de Nederlandse grootbanken. Zo heeft het Nederlandse openbaar ministerie (OM) met ING een megaschikking (transactie) van € 775 miljoen getroffen wegens ernstige nalatigheid bij het voorkomen van witwassen. Om vergelijkbare redenen heeft ABN AMRO in het kader van een transactie € 480 miljoen aan de Staat betaald. Daarnaast heeft het OM op last van het hof Den Haag alsnog strafvervolgning moeten instellen tegen de voormalige topman van ING.⁷ De komende tijd moet blijken of Rabobank het lot van ING en ABN AMRO gaat delen.⁸

(ii) *Toezichtrechtelijke impact*

De anti-witwasregels hebben niet alleen ingrijpende strafrechtelijke gevolgen, maar ook vergaande toezichtrechtelijke consequenties. Onder meer wat betreft de banken is DNB in Nederland belast met het toezicht op de naleving van de regels ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering (integriteitstoezicht) en kan uit dien hoofde bijvoorbeeld bestuurlijke boetes aan banken opleggen, waarbij als uitgangspunt geldt dat boetebesluiten gepubliceerd worden.⁹ De Volksbank en ontwikkelingsbank FMO kunnen binnenkort naar verluidt boetes verwachten, en bij Triodos Bank zal het erom spannen of de doorgevoerde reparaties in de controle

6. Zie art. 2a lid 1 (risicomanagement), art. 3-11 (hfdst. 2 – bepalingen betreffende cliëntenonderzoek), art. 12-23j (hfdst. 3 – Bepalingen betreffende het melden van ongebruikelijke transacties) Wwft. Zie nader bijv. Snijder-Kuipers & Tilleman 2019; 't Hart & Palm-Steyerberg 2021.

7. Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347.

8. Kritisch over de inzet van het strafrecht op dit terrein: Doorenbos 2023.

9. Zie art. 24-32j (hfdst. 4 – toezicht en handhaving) Wwft. Zie nader over het toezicht dat DNB vervult in verband met de naleving van de regels ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering bijv. Michiels van Kessenich 2019. Ook de AFM houdt in Nederland toezicht op de naleving van deze regels, maar in relatie tot andere financiële instellingen dan DNB, o.m. op beleggingsondernemingen die geen bank zijn en (beheerders van) beleggingsinstellingen. Zie daarover bijv. Claase 2019. Kortom, sommige typen financiële instellingen hebben wat betreft het toezicht op de naleving van de regels ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering te maken met DNB, andere met de AFM. Zie hierover bijv. ook Claase 2021; Claase & De Wit 2023. Sinds 21 mei 2020 vallen aanbieders van bepaalde cryptodiensten (namelijk: het aanbieden van een zogenoemde bewaarportemonnee en het wisselen tussen crypto-currencies en gewoon geld (fiduciaire valuta) onder Wwft), een en ander ter implementatie van de Vijfde Anti-witwasrichtlijn. Hiervoor is DNB de bevoegde toezichthouder, *Stb.* 2020, 148. Zie art. 1a lid 4 onder l en m en art. 23b-23j Wwft.

op witwassen en terrorismefinanciering voldoende zijn om sancties te voorkomen.¹⁰

(iii) *Civielrechtelijke impact*

Tot slot hebben de anti-witwasregels ook een belangrijke civielrechtelijke impact. Banken zijn mede vanwege de astronomische schikkingsbedragen die het OM kennelijk kan afdwingen en de daarmee gepaard gaande reputatierisico's, inmiddels geneigd het zekere voor het onzekere te nemen. Volgens de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en DNB zijn inmiddels 13.000 bankmedewerkers doende met de naleving van de Wwft, wat neerkomt op 15 tot 20% van het totale aantal bankmedewerkers. De kosten van deze werkzaamheden kwamen in 2021 neer op bijna € 1,4 miljard voor de bancaire sector als geheel.¹¹ Inmiddels moet ABN AMRO ook vrezen voor prospectusaansprakelijkheid. Een Brits claimvehikel genaamd ABN Amro Investors Recovery Limited (AAIRL) eist namens een groep institutionele beleggers bijna € 200 miljoen van de bank. Volgens AAIRL was de bank ten tijde van de beursgang onvoldoende duidelijk over de problemen met het witwasdossier.¹²

Hoe dan ook, om de risico's van non-compliance zo laag mogelijk te houden, proberen de banken zoveel mogelijk afscheid te nemen van bestaande klanten uit 'integriteitsgevoelige' sectoren en nieuwe bedrijfsklanten met dit profiel te weigeren. Dit wordt ook wel aangeduid als *de-risking*. Bij inte-

10. R. Betlem & M. Pols, 'DNB opent nu ook jacht op kleine banken om haperende witwascontroles', *FD* 12 augustus 2023, p. 5.
11. NVB 2022; DNB 2022, p. 15, voetnoot 21; Nuijten 2023, p. 141. Banken berekenen de kosten inmiddels deels door aan hun zakelijke klanten. De kosten voor klantonderzoek verschillen per onderneming, en vooral per rechtsvorm. Hoe ingewikkelder een rechtsvorm is, hoe hoger de kosten voor klantonderzoek. Daarom zit er verschil in de bijdrage. Zie bijv. [rabobank.nl/bedrijven/service/kyc/kosten-klantonderzoek](https://www.rabobank.nl/bedrijven/service/kyc/kosten-klantonderzoek). In de wetgeschiedenis is overigens opgenomen dat deze kosten niet individueel mogen worden doorbelast, zie *Kamerstukken I* 2017/18, 34808, nr. F, p. 5: 'Instellingen mogen de kosten die zij maken voor het cliëntenonderzoek of verscherpt cliëntenonderzoek niet individueel aan de betrokken cliënt doorberekenen. Het cliëntenonderzoek betreft een wettelijke verplichting waar geen heffing voor in rekening gebracht mag worden.' Om kosten te besparen wordt in het Wetsvoorstel plan van aanpak witwassen voorgesteld dat de banken de witwasrisico's gezamenlijk controleren (gezamenlijke transactiemonitoring). Zie *Kamerstukken II*, 2022/23, 36 228, nr. 2 (wetsvoorstel) en 3 (MvT). Na de val van het Kabinet Rutte IV is dit wetsvoorstel op 6 september 2023 controversieel verklaard. Zie hierover 'Witwaswet banken verdient nieuwe kans', *FD* 10 september 2023.
12. Zie 'Britse beleggers claimen € 220 mln van ABN Amro', *FD* 26 augustus 2023, p. 17. Zie ook R. Betlem & G. de Groot, 'Miljoenenclaim tegen ING om dochter Payvision', *FD* 30 augustus 2023, p. 1. Payvision zou door misstanden in het anti-witwasbeleid een faciliterende rol hebben gespeeld in een oplichtingszaak waarbij een groot aantal particuliere beleggers schade heeft geleden, terwijl het toenmalige moederbedrijf ING Bank geen orde op zaken stelde. De gedupeerde beleggers hebben zich verenigd in claimstichting Efri, die nu minstens € 14 miljoen claimt van ING Bank.

griteitsgevoelige sectoren kan onder meer gedacht worden aan coffeeshops, de adult entertainmentsector (online), sekswerkers, handelaren in tweedehands auto's (vooral in de grensstreek), de gokindustrie, cryptodienstverleners, handelaren in edelmetalen en juweliers, de horeca, de metaal- en recyclinghandel, moslimorganisaties (waaronder moskeeën), Nederlanders in het buitenland (waaronder het Caribisch deel van het Koninkrijk) en trustkantoren.¹³

(iv) *Een kentering?*

Inmiddels lijkt er een kentering gaande. In september 2022 publiceerde DNB haar rapport 'Van herstel naar balans. Een vooruitblik naar een meer risicogebaseerde aanpak van het voorkomen en bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering'.¹⁴ In oktober 2022 wees het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) een uitspraak waarin het met zoveel woorden een meer risicogebaseerde aanpak sanctioneert, waardoor banken een deel van het Wwft-onderzoek voortaan kunnen uitvoeren via kunstmatige intelligentie en 'machine learning' (*Bunq/DNB*).¹⁵ In maart 2023 publiceerde de European Banking Authority (EBA) specifieke richtsnoeren die moeten voorkomen dat de meest kwetsbare groepen in onze samenleving zonder goede reden de toegang tot betaaldiensten wordt ontzegd (ook: de *unbankables*).¹⁶

In aansluiting op deze ontwikkelingen zijn de banken en DNB eind mei 2023 tot een compromis gekomen over het 'knellende witwastoezicht'.¹⁷ De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft in afstemming met DNB in mei en juli 2023 in totaal zeven 'Standaarden' gepubliceerd die de banken concrete handreikingen moeten bieden voor een meer risicogebaseerd klantonderzoek. De komende tijd zal de NVB in totaal nog ongeveer tien standaarden publiceren.¹⁸

Speciale aandacht gaat daarbij uit naar ondernemers uit de hierboven genoemde hoog-risicosectoren die vaak drempels ervaren bij het regelen van hun bankzaken door het intensieve klantenonderzoek van de bank. Daarom

13. Zie rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/05/17/bijlage-3-overzicht-sectoren-toegang-betalingsverkeer.

14. DNB 2022.

15. CBB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707.

16. EBA/GL/2023/03 (31 maart 2023); EBA/GL/2023/04 (31 maart 2023). Zie over het eraan voorafgaande publieke consultatieproces: eba.europa.eu/eba-consults-new-guidelines-tackle-de-risking (6 december 2022).

17. Rutger Betlem & Mathijs Rotteveel, 'Banken en DNB: compromis over knellend witwastoezicht', *FD* 31 mei 2023, p. 1.

18. Zie [bijv. \[nvv.nl/nieuws/twee-nieuwe-nvb-standaarden-voor-risicogebaseerd-klantonderzoek/\]\(https://nvv.nl/nieuws/twee-nieuwe-nvb-standaarden-voor-risicogebaseerd-klantonderzoek/\)](https://nvv.nl/nieuws/twee-nieuwe-nvb-standaarden-voor-risicogebaseerd-klantonderzoek/).

wordt er samen met de betrokken brancheorganisaties gewerkt aan specifieke ‘Sector Standaarden’, op basis van rondetafelgesprekken met DNB en het Ministerie van Financiën. Doel is om voor bepaalde sectoren samen te bepalen waar de echte risico’s zitten zodat het klantonderzoek door banken daar gericht op kan aansluiten. De NVB heeft in september 2023 specifieke Standaarden gepubliceerd voor non-profitorganisaties.¹⁹ De komende maanden hoopt de NVB Standaarden te publiceren voor onder andere sekswerkers, cryptobedrijven, de detailhandel en automotive-bedrijven.²⁰ In hoeverre dit de *unbankables* daadwerkelijk gaat helpen, moet worden afgewacht, maar positief is deze ontwikkeling op zichzelf genomen natuurlijk wel.

3.2.2 Weigeringsplicht

3.2.2.1 Algemeen

Hoe dit alles ook zij, als de bank geen toereikend klantonderzoek kan doen of als het klantonderzoek (kort gezegd) een negatief resultaat heeft, is het de bank verboden een zakelijke relatie aan te gaan met of een transactie uit te voeren voor een cliënt (art. 5 lid 1 Wwft).²¹ In die gevallen moet de bank het aangaan van een zakelijke relatie dus weigeren.²² Uit cijfers van DNB blijkt dat dit in 2021 2.700 keer gebeurde.²³ In dezelfde gevallen moet

19. Zie nvb.nl/nieuws/minder-impact-klantonderzoek-bij-lage-risico-s-op-witwassen-in-not-for-profit-sector/. Ook hier doen zich regelmatig problemen voor, zie bijv. B. Mos & M. Rotteveel, ‘Goed doel Marokko in de knel door witwasregels ING’, *FD* 18 september 2023, p. 2-3 en ‘ING mag islamitische stichting niet de deur wijzen’, *FD* 4 oktober 2023, p. 13.

20. Zie nvb.nl/nieuws/minder-impact-klantonderzoek-bij-lage-risico-s-op-witwassen-in-not-for-profit-sector/. Op 18 oktober 2023 publiceerde DNB bovendien een consultatieversie van ‘Wwft Q&A and Good Practices’. De huidige ‘DNB Leidraad Wwft & Sw’ komt daardoor te vervallen. DNB zal op termijn met een nieuwe uiting komen aangaande de Sanctiewet (Sw). In de tussentijd zal het sanctiewetgedeelte dat in de huidige leidraad staat opnieuw gepubliceerd worden in een apart document. Zie dnb.nl/publicaties/publicaties-toezicht/consultatie-2023/consultatie-dnb-wwft-q-as-and-good-practices/. De switch van een vrij dwingend geformuleerde leidraad naar een meer op dialoog met de financiële sector gebaseerd Q&A-document suggereert dat DNB in de nieuwe risicogebaseerde aanpak van witwassen meer openstaat voor overleg en alternatieve manieren om de Wwft na te leven.

21. Een voorschrift met dezelfde strekking maar dan specifiek in relatie tot de basisbetaalrekening is te vinden in art. 4:71g lid 1 Wft. Zie nader over de basisbetaalrekening hfdst. 4, par. 4.2.

22. Om volledig te zijn: het is een bank (of andere financiële instelling) toegestaan een rekening (met inbegrip van een rekening voor effectentransacties) te openen voordat de verificatie van de identiteit van de cliënt heeft plaatsgevonden, indien zij waarborgt dat deze rekening niet kan worden gebruikt voordat de verificatie heeft plaatsgevonden (art. 4 lid 4 Wwft).

23. Zie nvb.nl/nieuws/banken-verkennen-basisbetaalrekening-voor-zakelijke-klanten/ (10 mei 2023).

de bank weigeren een transactie uit te voeren voor de klant. Het klantonderzoek vindt immers niet enkel plaats bij het aangaan van een zakelijke relatie, maar vormt een doorlopende verplichting.²⁴

Het klantonderzoek heeft een negatief resultaat als bedoeld in de vorige alinea als (kort gezegd) (1) het niet gelukt is de cliënt te identificeren en diens identiteit te verifiëren, (2) het niet gelukt is de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt te identificeren en ondanks redelijke maatregelen niet gelukt is diens identiteit te verifiëren en/of inzicht te verkrijgen in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur, (3) het niet gelukt is het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie vast te stellen, (4) het niet gelukt is vast te stellen of de natuurlijke persoon die de cliënt vertegenwoordigt daartoe bevoegd is en in voorkomend geval de natuurlijke persoon te identificeren en diens identiteit te verifiëren, en/of (5) het ondanks redelijke maatregelen niet gelukt is te verifiëren of de cliënt ten behoeve van zichzelf optreedt dan wel ten behoeve van een derde.²⁵

3.2.2.2 *Coffeeshop*

In een civielrechtelijk geschil wil het nog wel eens aankomen op de beantwoording van de vraag of de bank toereikend klantonderzoek heeft kunnen doen. De bank zal zich dan op het standpunt stellen dat er te weinig informatie is verstrekt om toereikend klantonderzoek te kunnen doen, de aanvrager van de bankrekening zal zich juist op het standpunt stellen dat de bank onredelijk heeft gehandeld door te veel informatie te verlangen. Een voorbeeld ter illustratie.²⁶

Een coffeeshop verkoopt sinds 1995 softdrugs en heeft daarvoor in 2012 een vergunning gekregen van de gemeente Rotterdam. De bedrijfsinkomsten en -uitgaven bestaan uitsluitend uit contant geld. Sinds 1999 heeft de exploitant van de coffeeshop een particuliere bankrelatie met de Rabobank (hierna: de bank). Op een goed moment wil hij een zakelijke bankrekening openen bij de bank ten behoeve van de coffeeshop, zodat hij zijn zakelijke betalingsverplichtingen giraal via een bankrekening bij de bank kan nakomen en zijn contante bedrijfsinkomsten gedeeltelijk op een bankrekening kan storten en houden. Bij formele afdrachten stelt de Belastingdienst girale nakoming verplicht. De exploitant doet in 2016 en 2018 aanvragen bij de bank, maar deze aanvragen worden afgewezen. De exploitant vordert

24. Zie art. 3 lid 2 onder (d) Wwft.

25. Zie art. 5 lid 1, aanhef, en onder (b) en art. 3 lid 2, aanhef, en onder (a), (b), (c), (e) en (f) Wwft. Zie specifiek voor cliënten (1) die handelen als trustee van een trust of ten behoeve van een andere juridische constructie, en (2) die optreden als vennoot van een personenvennootschap: art. 3 lid 3-4 Wwft.

26. Hof Den Haag 28 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1366.

in reactie op de laatste afwijzing bij wijze van voorlopige voorziening in kort geding dat de bank veroordeeld wordt een zakelijke bankrekening te openen ten behoeve van de coffeeshop. Volgens de exploitant is sprake van categorale uitsluiting van coffeeshops.²⁷

De voorzieningenrechter overweegt kort gezegd dat van een categorale uitsluiting van coffeeshops geen sprake mag zijn en dat de bank een individuele belangenafweging moet kunnen maken of zij de exploitant van een coffeeshop al dan niet als zakelijke klant wil aannemen. Hij is vervolgens tot het oordeel gekomen dat de bank de aanvraag terecht heeft afgewezen.²⁸

In het hoger beroep komt ook het hof Den Haag tot het oordeel dat de aanvraag terecht is afgewezen en overweegt daartoe kort gezegd het volgende.

In het cliëntenonderzoek zal de bank (i) de identiteit van de (potentiële) cliënt moeten verifiëren, (ii) het doel en de beoogde aard van de voorgenomen zakelijke relatie moeten vaststellen en (iii) de risico's van de zakelijke relatie in beeld moeten brengen (art. 3 lid 2 Wwft). In dat verband zal de potentiële cliënt de instelling onder andere voldoende inzicht moeten geven in (de herkomst van) de middelen die bij de zakelijke relatie worden gebruikt en zijn geldstromen; als hij daaraan niet (volledig) voldoet, kan de bank het cliëntenonderzoek niet (volledig) verrichten. In een dergelijk geval, of indien het cliëntenonderzoek een negatief resultaat heeft, volgt uit artikel 5 lid 1 Wwft dat het de instelling verboden is een zakelijke relatie met de potentiële cliënt aan te gaan. Dit betekent dat de bank het aangaan van de zakelijke relatie met die cliënt moet weigeren, omdat zij anders een onacceptabel hoog risico loopt om gebruikt te worden voor witwassen of het financieren van terrorisme.²⁹

Vanwege de beschikbaarheid van grote hoeveelheden contant geld en de aard van het verkochte product bestaat er een inherent verhoogd risico op witwassen. Omdat het hier uitsluitend contant geldverkeer betreft, kan de plausibiliteit van de legale herkomst ervan minder makkelijk worden aangetoond. De bank heeft in het kader van het door haar uit te voeren cliëntenonderzoek de verplichting en dus ook een gerechtvaardigd belang om (sluitend) inzicht te krijgen in de vermogenspositie en (het verloop van) de geldstromen van de coffeeshop en om eventuele onduidelijkheden die zij daarbij constateert, opgehelderd te krijgen. Dit heeft tot gevolg dat de

27. Hof Den Haag 28 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1366, r.o. 2.

28. Hof Den Haag 28 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1366, r.o. 4.1.

29. Hof Den Haag 28 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1366, r.o. 4.3.3.

bank de aanvraag voor een zakelijke bankrekening van de coffeeshop grondiger en diepgaander zal moeten beoordelen dan de aanvraag van een potentiële cliënt waarvan zij de inschatting maakt dat het risico op witwassen of het financieren van terrorisme ontbreekt of in mindere mate aanwezig is.³⁰

De exploitant heeft de bank in het kader van het cliëntenonderzoek naar het oordeel van het hof onvoldoende openheid van zaken gegeven. De overgelegde stukken zijn onvoldoende om (sluitend) inzicht te kunnen krijgen in de geldstromen en vermogenspositie met betrekking tot de coffeeshop. De exploitant heeft niet afdoende weerlegd dat hij de bank een onjuiste opgave heeft gedaan van zijn privévermogen, hetgeen voor de bank terecht een reden is geweest voor haar, bij brief van 4 juni 2019 aan de exploitant medegedeelde conclusie dat zij geen zakelijke rekening wenst te openen voor de coffeeshop. Het is niet aannemelijk geworden dat de exploitant de bank in staat heeft gesteld om aan de hand van bewijsstukken de herkomst van de middelen (contant geld) van de coffeeshop vast te stellen. Dit betekent dat het ervoor moet worden gehouden dat het de bank op de voet van artikel 5 lid 1 Wwft is verboden om een zakelijke relatie met de exploitant aan te gaan. Er zijn daarom onvoldoende aanwijzingen dat de rechter in de bodemprocedure de vordering van de exploitant zal toewijzen. De vordering in kort geding wordt daarom niet toegewezen.³¹

3.3 Weigeringsplichten & sanctiewetgeving

3.3.1 De bredere context

Internationale sancties worden opgelegd aan een land, organisatie of persoon, door organisaties zoals de Verenigde Naties (VN), de Europese Unie (EU) en individuele landen. Sancties beogen een bepaald gedrag van een land af te dwingen, of om een bepaald sociaal, economisch of politiek doel te bereiken. Momenteel staan de EU-sancties tegen Rusland in reactie op de bloedige oorlog die het op 24 februari 2022 initieerde tegen Oekraïne in het brandpunt van de belangstelling, maar denk ook aan bijvoorbeeld de internationale sancties tegen Iran en Syrië.³²

30. Hof Den Haag 28 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1366, r.o. 4.4-4.5.

31. Hof Den Haag 28 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1366, r.o. 4.6-4.8.

32. In het geval van Rusland heeft de VN geen sancties kunnen opleggen, omdat Rusland gebruik heeft gemaakt van zijn vetorecht in de VN Veiligheidsraad. Er gelden daarom alleen EU-sancties en sancties van individuele landen tegen Rusland. Zie Amar 2023, p. 73. Zie voor een overzicht van alle van kracht zijnde EU- en VN-sancties tegen Rusland en andere landen: sanctionsmap.eu/#/main.

Internationale sancties kunnen grofweg onderverdeeld worden in twee categorieën, de handelssancties en de financiële sancties. Het onderscheid tussen beide typen sancties is overigens niet waterdicht. De financiële sector kan hoe dan ook te maken krijgen met beide typen sancties.

Wat betreft de handelssancties gaat het dan in de eerste plaats om sancties die de *export* van bepaalde producten naar het gesanctioneerde land verbieden. Traditioneel gaat het dan om militaire goederen, goederen voor tweërlei gebruik, en goederen bestemd voor de olie- en gasindustrie, maar in de EU-sancties tegen Rusland worden bijvoorbeeld halfgeleiders en andere hoogwaardige technologieën aan dit rijtje toegevoegd. In de tweede plaats bevatten (bijvoorbeeld) de EU-sancties tegen Rusland ook handels-sancties die de *import* van bepaalde goederen vanuit of afkomstig uit Rusland verbieden. Het gaat dan om goederen die aanzienlijke inkomsten opleveren voor Rusland (zoals schaaldieren en kaviaar, maar bijvoorbeeld ook kaliumchloride, hout, zilver en sleepboten) en waarmee het dan acties kan ondernemen die de situatie in Oekraïne verder destabiliseren.³³

De voornaamste categorieën financiële sancties zijn de volgende: (1) de geboden tot bevrozing van de tegoeden die toebehoren aan (rechts)personen die onderdeel uitmaken van dan wel gelieerd zijn aan het regime van het gesanctioneerde land en op de desbetreffende sanctielijst zijn geplaatst, (2) de verboden tot terbeschikkingstelling van tegoeden en economische middelen aan de genoemde (rechts)personen die op de sanctielijst zijn geplaatst, (3) de verboden dan wel restricties op het verlenen van bepaalde financiële diensten, (4) de Swift-sancties, die de getroffen banken uitsluiten van communicatie via het Swift-systeem, dat 's werelds dominante communicatiesysteem is voor banken.³⁴ Deze financiële sancties kunnen er allemaal toe leiden dat banken en andere financiële instellingen verplicht zijn bepaalde financiële contracten niet aan te gaan of financiële transacties niet uit te voeren, en daarmee zijn we weer aanbeland bij de in dit hoofdstuk centraal staande weigeringsplichten.

Nederland voert internationale sancties uit op basis van de Sanctiewet 1977 (Sw).³⁵ Met betrekking tot de financiële sector zijn de AFM en DNB belast met het toezicht op de naleving van de Sw.³⁶ Daartoe hebben zij tezamen de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 (RtSw) vastgesteld. Voor de volgende financiële instellingen gelden uit hoofde van de RtSw specifieke vereisten,

33. Zie Amar 2023, p. 74. Vgl. ook Peek 2022, p. 185-186; Allertz, Van Rhijn & Rense 2021, p. 191-192.

34. Zie Allertz, Van Rhijn & Rense 2021, p. 92-93; Amar 2023, p. 74-75; Peek 2022, p. 186.

35. Er wordt momenteel gewerkt aan een modernisering van de Sanctiewet 1977, zie nader internetconsultatie.nl/sanctiestelsel/b1.

36. Art. 10 lid 2 Sw en art. 1 Aanwijzing rechtspersonen Sanctiewet 1977.

in aanvulling op de voor iedereen geldende ge- en verboden uit de sanctieverordeningen: (i) banken, (ii) beheerders van, en aanbieders van deelnemingsrechten in, beleggingsinstellingen, (iii) wisselinstellingen, (iv) beleggingsdienstverleners, (v) pensioenfondsen, (vi) verzekeraars, (vii) trustkantoren, (viii) elektronischgeldinstellingen, (ix) betaaldienstverleners, (x) cryptodienstverleners die (a) diensten aanbieden voor het wisselen van virtuele en fiduciaire valuta en (b) bewaarportemonnees aanbieden (in het vervolg van deze paragraaf 3.3.1 tezamen ‘financiële instellingen’).³⁷

Artikel 2(2) RtSw bepaalt dat de administratieve organisatie en interne controle (AO/IC) van financiële instellingen ten minste zodanig ingericht moet zijn dat zij voorzien in een adequate controle op het overeenkomen van de identiteit van een relatie met een (rechts)persoon of entiteit waarop sancties van toepassing zijn.

Artikel 3 RtSw bepaalt dat indien een financiële instelling constateert dat de identiteit van een relatie overeenkomt met een (rechts)persoon of entiteit op wie sancties van toepassing zijn (een zogenaamde ‘hit’), dit onverwijld aan de toezichthouder moet worden gemeld. Dit impliceert dat *alle* relaties moeten worden gescreend, te weten eenieder die betrokken is bij een financiële dienst of een financiële transactie. Hieronder vallen onder andere: cliënten, vertegenwoordigers of gemachtigden, uiteindelijk belanghebbenden van de cliënten, begunstigden van een financieel product (bijvoorbeeld bij een uitkering op een levensverzekering) of (internationale) overboeking van gelden, de wederpartij bij een financiële transactie/product (bijvoorbeeld bij uitkering van een schadeverzekering), betrokkene(n) bij een financiële transactie waarbij een doelvennootschap van een trustkantoor partij is en bestuurders van cliënten en aan cliënten gerelateerde partijen. De screening moet verder ook tijdig plaats vinden, om in voorkomende gevallen een transactie te kunnen *weigeren* of een tegoed te kunnen bevriezen, zoals wordt voorgeschreven in de Europese sanctieverordeningen. Wel is het mogelijk om aan de wijze waarop de screening wordt uitgevoerd en wat daarvoor nodig is een risicogebaseerde invulling te geven, mits deze invulling onderbouwd en gedocumenteerd is. Te denken valt daarbij aan het hanteren van een lagere frequentie of een minder indringende controle op de identiteit van de relatie voor situaties waarin het risico op ontwijking van de sancties lager is.³⁸

37. Art. 1 onder (a) RtSw en art. 10 lid 2 Sanctiewet 1977.

38. Aldus DNB in haar nieuwsbericht over sanctiescreening (16 september 2022) (dnb.nl/nieuws-voor-de-sector/toezicht-2022/sanctiescreening/). Zie ook de DNB Leidraad Wwft en Sw (versie december 2020) (dnb.nl/media/dzic2y20/leidraad-wwft-en-sanctiewet.pdf), met dien verstande dat uit het in het begin van deze voetnoot genoemde DNB nieuwsbericht van latere datum dus voortvloeit dat eerdere beleidsuitleggingen van DNB (waaronder de Leidraad Wwft en Sw (versie december 2020)) *niet* aldus moet worden gelezen dat in het kader van sanctiescreening niet alle relaties dienen te worden ge-

Als financiële instellingen niet voldoen aan hun verplichtingen uit hoofde van de sanctiewetgeving, dan kan de AFM dan wel DNB een aanwijzing geven, een last onder dwangsom opleggen en/of een bestuurlijke boete opleggen.³⁹ De exacte bedragen van de boetes worden op grond van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector vastgesteld en zijn onder andere afhankelijk van de ernst en duur van de overtreding, het verkregen voordeel van de overtreder, de gevolgen voor het financiële stelsel en de verwijtbaarheid.⁴⁰ De wet geeft voor het overtreden van de screeningsverplichtingen uit hoofde van de RtSw een kader met een basisboetebedrag van € 500.000 en een maximumbedrag van € 1 miljoen.⁴¹ Voor een overtreding van de Sw kan een boete van maximaal € 4 miljoen worden opgelegd.⁴² Is echter nog geen vijf jaar verstreken sinds het opleggen van een bestuurlijke boete voor eenzelfde overtreding, dan kan dit maximum worden verdubbeld. Daarnaast kan de bestuurlijke boete worden vastgesteld op ten hoogste

screend. Die conclusie is niet beoogd en DNB kondigt aan de betreffende beleidsuitingen aan te passen. DNB geeft aan in de huidige handhavingspraktijk rekening te houden met de verwachtingen die eerdere uitingen kunnen hebben gewekt. Op 18 oktober 2023 publiceerde DNB een consultatieversie van 'Wwft Q&A and Good Practices'. De huidige DNB Leidraad Wwft & Sw komt daardoor te vervallen. DNB zal op termijn met een nieuwe uiting komen aangaande de Sw. In de tussentijd zal het sanctiewetgedeelte dat in de huidige leidraad staat opnieuw gepubliceerd worden in een apart document. Zie dnb.nl/publicaties/publicaties-toezicht/consultatie-2023/consultatie-dnb-wwft-q-a-and-good-practices/. Ook de AFM heeft overigens een Leidraad Wwft en Sw gepubliceerd, te downloaden via afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2020/okt/aangepaste-leidraad-wwft-sanctiewet (versie oktober 2020).

- 39. Art. 10ba, 10c, 10d en 10e Sw en art. 1 Aanwijzing rechtspersonen Sanctiewet 1977. Maatregelen kunnen overigens niet alleen aan de rechtspersoon zelf worden opgelegd. Op grond van art. 5:1 lid 3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) jo art. 51 lid 2 en 3 Wetboek van Strafrecht (Sr) kan een maatregel ook worden gericht tegen een natuurlijke persoon die opdracht of feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging die tot de overtreding heeft geleid. Aldus kunnen naast of in plaats van de rechtspersoon ook bestuurders of andere natuurlijke personen uiteindelijk aansprakelijk worden gesteld voor het onvoldoende naleven van sanctieregelgeving. Zie Peek 2022, p. 188.
- 40. Zie voor de volledige lijst art. 1b Besluit bestuurlijke boetes financiële sector.
- 41. Art. 6 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector jo 10e Sw. Overtreding van de Sw en van onderliggende sanctiebesluiten en sanctieregelingen die uitvoering geven aan de diverse EU-sanctieverordeningen is in de Wet op de economische delicten (Wed) overigens ook aangemerkt als een economisch delict (art. 1 onder 1° Wed). Het overtreden van de Nederlandse Sw, en daarmee ook de sancties van de EU, kan als misdrijf worden aangemerkt, indien het delict opzettelijk is gepleegd en anders wordt dit als overtreding gezien (art. 2 lid 1 Wed). Het OM is verantwoordelijk voor de handhaving door middel van het strafrecht en kan besluiten bij overtreding van de Sw tot strafrechtelijke vervolging over te gaan. Mogelijke gevolgen zijn gevangenisstraf, een taakstraf of geldboete tot € 900.000 ingeval van een rechtspersoon (art. 6 lid 1, onder 1° Wed en art. 23 lid 4 en lid 7 Sr). De Wed vermeldt mogelijke bijkomende straffen, zoals een tijdelijke schorsing van de bedrijfsactiviteiten van de onderneming die in overtreding is, verbeurdverklaring van voorwerpen die aan de onderneming toebehoren, of openbaarmaking van het vonnis. Zie Peek 2022, p. 188.
- 42. Art. 10e Sw.

twee keer het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen, indien diens voordeel groter is dan € 2 miljoen.⁴³ Kortom, het kan gaan om forse bedragen.

3.3.2 Weigeringsplichten opgenomen in de EU-sancties tegen Rusland

Als we inzoomen op de Europese sancties tegen Rusland, dan zien we dat deze van toepassing zijn (a) op het grondgebied van de Unie; (b) aan boord van vlieg- of vaartuigen die onder de rechtsbevoegdheid van een lidstaat vallen; (c) op alle zich op of buiten het grondgebied van de EU bevindende natuurlijke personen die onderdaan van een lidstaat zijn; (d) op alle volgens het recht van een lidstaat erkende of opgerichte rechtspersonen, entiteiten of lichamen, binnen of buiten het grondgebied van de Unie; (e) op alle rechtspersonen, entiteiten of lichamen ten aanzien van alle geheel of gedeeltelijk binnen de EU verrichte zakelijke transacties.⁴⁴ Kortom, het toepassingsgebied is zeer ruim.

Aan de Europese – en dus ook de Nederlandse – financiële sector zijn verschillende beperkingen opgelegd, die (deels) ook gelden voor andere (rechts)personen op wie de Europese sanctiewetgeving tegen Rusland van toepassing is. Een aantal belangrijke ge- en verboden voor banken en andere financiële instellingen die voortvloeien uit de Russische sancties zijn de volgende.

43. Art. 10e lid 3 Sw.

44. Zie art. 13 Verordening (EU) 833/2014; art. 1 onder (h) Verordening (EU) 269/2014. Beide verordeningen zijn nadien talloze malen gewijzigd. Zie voor geconsolideerde versies: (i) eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014R0833-20230427 (Verordening (EU) 833/2014); (ii) eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014R0269-20230720 (Verordening (EU) 269/2014). Het jaartal in de aanduiding van de beide verordeningen is 2014 omdat de eerste sancties werden ingesteld in reactie op de Russische annexatie van de Krim in dat jaar.

Ten eerste een gebod tot bevroezing⁴⁵ van alle tegoeden⁴⁶ en economische middelen⁴⁷ die toebehoren aan, eigendom zijn van, in het bezit zijn van of onder zeggenschap staan van, kort gezegd, (rechts)personen die onderdeel uitmaken van dan wel gelieerd zijn aan het Russische regime en op de sanctielijst zijn geplaatst.⁴⁸

Ten tweede een verbod op de directe en indirecte terbeschikkingstelling van tegoeden of economische middelen aan of ten behoeve van de (rechts)personen die op de sanctielijst zijn geplaatst.⁴⁹ Vooral het woordje ‘indirect’ leidt bij banken en andere financiële instellingen tot hoofdbreken, want hierdoor moet ook gekeken worden naar afnemers en leveranciers van hun klanten. Financiële instellingen hebben hier dus een ketenverantwoordelijkheid.

Ten derde zijn er diverse verboden op directe of indirecte verstrekking van financiering (in de ruimste zin des woords⁵⁰) aan bepaalde typen Russische

45. ‘Bevroezing van tegoeden’ wordt in art. 1 onder (f) Verordening (EU) 269/2014 omschreven als de voorkoming van mutatie, overmaking, wijziging, gebruik of inzet van of omgang met tegoeden, op welke wijze ook, met als gevolg wijziging van hun omvang, bedrag, locatie, eigenaar, bezit, onderscheidende kenmerken, bestemming of andere wijzigingen waardoor het gebruik van bedoelde tegoeden, inclusief het beheer van een beleggingsportefeuille, mogelijk wordt gemaakt. ‘Bevroezing van economische middelen’ wordt in art. 1 onder (e) Verordening (EU) 269/2014 omschreven als voorkomen dat economische middelen worden gebruikt om op enigerlei wijze tegoeden, goederen of diensten te verkrijgen, onder meer door deze te verkopen, te verhuren of te verhypotheken.
46. ‘Tegoeden’ zijn volgens art. 1 onder (g) Verordening (EU) 269/2014 financiële activa en voordelen van enigerlei aard, met inbegrip van, maar niet beperkt tot: (i) contanten, cheques, geldvorderingen, wissels, postwissels en andere betaalmiddelen; (ii) deposito’s bij financiële instellingen of andere entiteiten, saldi op rekeningen, schulden en schuldbewijzen; (iii) in het openbaar en onderhands verhandelde waardepapieren en schuldbewijzen, met inbegrip van aandelen, certificaten van waardepapieren, obligaties, promesses, warrants, schuldbekentenissen en derivatencontracten; (iv) interesten, dividenden of andere inkomsten uit of waarde voortkomende uit of gegenereerd door activa; (v) krediet, recht op compensatie, garanties, uitvoeringsgaranties of andere financiële verplichtingen; (vi) kredietbrieven, cognosementen, koopbrieven; alsmede (vii) bewijsstukken van belangen in fondsen of financiële middelen.
47. ‘Economische middelen’ zijn volgens art. 1 onder (d) Verordening (EU) 269/2014 activa van enigerlei aard, materieel of immaterieel, roerend of onroerend, die geen tegoeden zijn, maar kunnen worden gebruikt om tegoeden, goederen of diensten te verkrijgen.
48. Zie art. 2 lid 1 Verordening (EU) 269/2014.
49. Zie art. 2 lid 2 Verordening (EU) 269/2014. ‘Tegoeden’ en ‘economische middelen’ moeten hier in dezelfde zin worden begrepen als in art. 2 lid 1 Verordening (EU) 269/2014.
50. In de diverse verbodsbepalingen wordt steeds gesproken over ‘financiering of financiële bijstand’. Dit begrip is zeer breed omschreven: ‘elke actie, ongeacht het gekozen middel, waarbij een persoon, entiteit of lichaam, met of zonder voorwaarden, eigen vermogen of eigen economische middelen uitbetaalt of toezegt, met inbegrip van, maar niet beperkt tot subsidies, leningen, garanties, borgstellingen, obligaties, kredietbrieven, leverancierskredieten, koperskredieten, in- of uitvoervoorschotten en alle soorten verzeke-

ondernemingen, de Russische overheid, de Russische centrale bank en daaraan gelieerde personen of entiteiten.⁵¹

Ten vierde zijn er diverse verboden op de directe of indirecte verhandeling van, en dienstverlening ter zake van, effecten (met inbegrip van cryptoactiva⁵²) en geldmarktinstrumenten uitgegeven door de Russische overheid, de Russische centrale bank en daaraan gelieerde personen of entiteiten.⁵³

Op voornoemde verboden bestaan vervolgens weer de nodige uitzonderingen, die een correcte naleving van de sanctiewetgeving niet eenvoudiger maken.

Het is verboden bewust en opzettelijk deel te nemen aan activiteiten die tot doel of tot gevolg hebben dat de verbodsbepalingen uit de Europese sanctiewetgeving tegen Rusland worden omzeild.⁵⁴ Ook de verboden zelf zijn dus zo ruim mogelijk geformuleerd.

Het zal duidelijk zijn dat de hierboven genoemde verboden uit de Europese sanctiewetgeving tegen Rusland onder meer kunnen resulteren in de verplichting van financiële instellingen om te weigeren (i) met een partij een contract aan te gaan of (ii) een transactie uit te voeren in relatie tot een partij onder een bestaand contract. Deze gevallen zullen zich voordoen als de verplichte screening van een (potentiële) relatie van de financiële instelling uitwijst dat de identiteit van een (potentiële) relatie overeenkomt met een (rechts)persoon of entiteit op wie sancties van toepassing zijn (zie daarover par. 3.3.1, hierboven).

3.4 Weigeringsplichten & trustkantoren

3.4.1 De bredere context

Een trustkantoor is een onderneming die zich bezighoudt met het beheren van vennootschappen. Een (medewerker van het) trustkantoor kan bijvoorbeeld optreden als statutair directeur van een vennootschap, de adminis-

ringen en herverzekeringen, met inbegrip van exportkredietverzekeringen; de betaling en de voorwaarden voor betaling van de overeengekomen prijs voor een goed of een dienst in overeenstemming met de normale handelspraktijk, vormen geen financiering of financiële bijstand.' Zie art. 1 onder (o) Verordening (EU) 833/2014.

51. Zie art. 2 e.v., 3 e.v., 4, 5 ter decies Verordening (EU) 833/2014.

52. Zie de omschrijving van 'effecten' in art. 1 onder (f) Verordening (EU) 833/2014: 'de volgende categorieën op de kapitaalmarkt verhandelbare waardepapieren, waaronder in de vorm van cryptoactiva, betaalinstrumenten uitgezonderd (...).'

53. Zie art. 5 en 5 bis Verordening (EU) 833/2014.

54. Zie art. 12 Verordening (EU) 833/2014; art. 9 lid 1 Verordening (EU) 269/2014.

tratie voeren en/of juridisch advies geven.⁵⁵ Met ingang van 1 januari 2019 zijn de regels voor trustdienstverlening aanzienlijk aangescherpt met de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018).⁵⁶ Die aanscherpingen volgden op verschillende onderzoeken van DNB waaruit bleek dat de trustsector de integriteitrisico's onvoldoende beheerste. Bovendien is de samenleving in 2015 geconfronteerd met de kwetsbaarheden van de trustsector door de onthulling van de Panama Papers. Uit deze gelekte stukken bleek dat verschillende Nederlandse trustkantoren betrokken waren bij het bedienen van malafide structuren. De onthullingen rond de Panama Papers en het onderzoek van de parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies dat daarop volgde, hebben een belangrijke rol gespeeld in de verdere regulering van de trustsector.

Dienstverlening door trustkantoren gaat vaak gepaard met hoge integriteitrisico's. Er worden diensten verleend aan internationale structuren die vaak complex en ondoorzichtig zijn. Bovendien is de dienstverlening overwegend fiscaal gedreven. Dit brengt een hoog risico op betrokkenheid bij financieel economische criminaliteit met zich.⁵⁷ Trustkantoren zijn dan ook (net als bijvoorbeeld banken) gebonden aan de Wwft die hierboven al aan de orde kwam (paragraaf 3.2), maar dat is niet genoeg, ondanks het feit dat zij onder toezicht staan van DNB. Gezien de incidenten in het verleden en het toezichtbeeld van DNB, is de Wtt 2018 per 1 juli 2023 alweer aangepast om bepaalde dienstverlening te verbieden. Dit betreft het aanbieden van doorstroomvennootschappen en trustdienstverlening met betrokkenheid⁵⁸ van derde-hoogrisicolanden of van landen die op de lijst staan van non-coöperatieve landen op belastinggebied.⁵⁹

3.4.2 Verbod op het aanbieden van doorstroomvennootschappen

Eerder werd in de Wtt 2018 het gebruikmaken van een doorstroomvennootschap ten behoeve van een cliënt aangemerkt als een trustdienst.⁶⁰ Het gaat hierbij om rechtspersonen of vennootschappen die behoren tot

55. Zie voor een volledig overzicht van trustdiensten art. 1 lid 1 Wtt 2018.

56. Zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36102, nr. 3, p. 1. Zie over de Wtt 2018 zoals deze aanvankelijk luidde: Frielink, Van Eersel & Van der Wulp 2020.

57. Zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36102, nr. 3, p. 1.

58. Met 'betrokkenheid' wordt bedoeld cliënten, doelvennootschappen, uiteindelijk belanghebbenden van cliënten en uiteindelijk belanghebbenden van doelvennootschappen uit de betreffende landen. Zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36102, nr. 3, p. 2, voetnoot 5.

59. Zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36102, nr. 3, p. 2. Zie voor de Wet van 7 december 2022 tot wijziging van de Wet toezicht trustkantoren 2018 in verband met maatregelen om trustdienstverlening in gevallen met hoge integriteitrisico's te verbieden, *Stb.* 2023, 58, p. 1-4. Zie voor het moment van inwerkingtreding *Stb.* 2023, 232.

60. Zie onderdeel c van 'trustdienst' in art. 1 lid 1 Wtt 2018 (oud). Zie ook art. 1 lid 1 Wtt 2018 (oud) (definitie van 'doorstroomvennootschap').

de groep van het trustkantoor, die gebruikt worden om gelden ‘doorheen te laten stromen’ voor fiscale doeleinden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan dividenden of royalty’s. Het ter beschikking stellen van een doorstroomvennootschap dient vooral fiscale doelen en leidt tot intransparantie. In de strijd tegen belastingontduiking en ontwijking heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen de trustdienst ‘om ten behoeve van een cliënt gebruik te maken van een doorstroomvennootschap’ te schrappen en tegelijkertijd een algeheel verbod op te nemen in de wet voor het beroeps- of bedrijfsmatig gebruikmaken van doorstroomvennootschappen.⁶¹ Het verbod is opgenomen in het nieuwe artikel 3a Wtt 2018 en luidt als volgt:

1. Het is eenieder met zetel in Nederland verboden om beroeps- of bedrijfsmatig gebruik te maken van doorstroomvennootschappen ten behoeve van een cliënt.
2. Onder doorstroomvennootschap wordt verstaan een rechtspersoon of vennootschap die tot dezelfde groep behoort als degene die gebruikmaakt van deze rechtspersoon of vennootschap ten behoeve van een cliënt.

Kortom, trustkantoren met zetel in Nederland moeten dienstverlening die neerkomt op het beroeps- of bedrijfsmatig gebruikmaken van doorstroomvennootschappen ten behoeve van een cliënt weigeren. Een wettelijke weigeringsplicht dus.

3.4.3 Verbod op trustdienstverlening aan bepaalde partijen

Bij trustdienstverlening zijn vaak complexe structuren betrokken en worden tussen vennootschappen grote sommen geld verplaatst. Indien hier landen bij betrokken zijn met strategische tekortkomingen op het gebied van hun anti-witwasbeleid, stapelen de integriteitsrisico’s zich op. De combinatie van trustdienstverlening met deze hoogrisicolanden zorgt volgens de wetgever voor onverantwoord hoge integriteitsrisico’s. Daarom is dienstverlening door trustkantoren verboden indien de cliënt, de doelvennootschap of de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt of doelvennootschap woonachtig of gevestigd is of zijn zetel heeft in een derde-hoogrisicoland.⁶²

Trustdiensten zijn veelal fiscaal gedreven en vaak vindt er verplaatsing van grote vermogensbestanddelen plaats tussen vennootschappen binnen een structuur die het trustkantoor bedient. Daarom moeten trustkantoren bijzondere aandacht hebben voor het risico dat hun diensten worden gebruikt voor belastingontduiking of belastingontwijking. In dat kader waren

61. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36102, nr. 3, p. 2-3.

62. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36102, nr. 3, p. 3.

structuren met betrokkenheid van landen die op de lijst van non-coöperatieve landen op belastinggebied stonden, onder de Wtt 2018 (oud) een belangrijke indicator voor verscherpt cliëntenonderzoek. Trustdienstverlening gecombineerd met structuren waarbij betrokkenheid bestaat van landen die op de lijst van non-coöperatieve landen op belastinggebied staan, leidt tot een cumulatie van de fiscale integriteitrisico's. Daarom is in dit kader uiteindelijk toch een verbod ingevoerd. Het verbod ziet op dienstverlening aan cliënten, doelvennootschappen, uiteindelijk belanghebbenden van cliënten en doelvennootschappen uit landen die op de lijst van non-coöperatieve landen op belastinggebied staan.⁶³

Daarnaast is in verband met de Russische inval van Oekraïne besloten om *in aanvulling op de EU-sancties tegen Rusland* (en Belarus) te verbieden nog langer trustdiensten te verlenen aan Russische en Belarussische partijen.⁶⁴

De verboden zijn geïncorporeerd in een gewijzigde versie van artikel 23a Wtt 2018, dat thans (en voor zover hier van belang), als volgt luidt:

1. Het is een trustkantoor verboden een trustdienst te verlenen indien cliënten, doelvennootschappen, uiteindelijk belanghebbenden van cliënten en uiteindelijk belanghebbenden van doelvennootschappen woonachtig of gevestigd zijn of hun zetel hebben in:
 - a. de Russische Federatie;
 - b. de Republiek Belarus;
 - c. staten die op grond van artikel 9 van de Vierde anti-witwasrichtlijn, in gedelegeerde handelingen van de Europese Commissie, zijn aangewezen als staten met een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme;⁶⁵ of
 - d. staten die door de Raad van de Europese Unie, op grond van de Conclusies van de Raad over de criteria en het proces voor de opstelling van de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden (*PbEU* 2016, C 461), zijn aangewezen als jurisdicties die niet-coöperatief zijn op belastinggebied.^{66, 67}

63. Zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36102, nr. 3, p. 3-4.

64. Dit is verlopen via een afzonderlijk spoedwetgevingstraject, zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36080, beslisnota gevoegd als bijlage bij nr. 3.

65. Dit zijn de zogenaamde 'schurkenstaten', zie de volgende lijst: finance.ec.europa.eu/financial-crime/high-risk-third-countries-and-international-context-content-anti-money-laundering-and-countering_en.

66. Zie voor de lijst van non-coöperatieve jurisdicties op belastinggebied: consilium.europa.eu/en/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/.

67. Het eerste lid is niet van toepassing indien de cliënt of uiteindelijk belanghebbende, bedoeld in het eerste lid, een natuurlijk persoon is die de nationaliteit bezit van een lidstaat van de Europese Unie, van een andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte of van Zwitserland, of die in het bezit is van een verblijfsvergunning voor een van deze staten.

Kortom, ook hier zien we dat het trustkantoren verboden is diensten te verlenen aan bepaalde partijen. Als een dergelijke partij zich meldt bij een trustkantoor, zal die partij dus moeten worden geweigerd als contractpartner. Een weigeringsplicht dus.

3.5 Weigeringsplicht & FATCA

‘FATCA’ staat voor ‘Foreign Account Tax Compliance Act’ en ziet op Amerikaanse belastingheffing op spaargeld dat door Amerikaanse staatsburgers wordt aangehouden op bankrekeningen bij banken buiten de Verenigde Staten. FATCA beoogt wereldwijd belastingontduiking door Amerikaanse belastingplichtigen te bestrijden door verplichtingen op te leggen aan de financiële sector wereldwijd. FATCA heeft geleid tot een door de VS en Nederland op 18 december 2013 gesloten International Governmental Agreement (voluit: het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot verbetering van de internationale naleving van de belastingplicht en tenuitvoerlegging van de FATCA, kortweg IGA). Nederlandse banken moeten daarom sinds 1 juli 2014 zorgen dat zij van Amerikaanse klanten hun ‘Tax Identification Number’ (TIN) verkrijgen. Voor personen die de Amerikaanse nationaliteit bezitten wordt met TIN bedoeld het Amerikaanse Social Security Number (SSN). Vervolgens moeten banken bepaalde gegevens met betrekking tot de bankrekening van die klanten rapporteren aan de Nederlandse Belastingdienst.⁶⁸ En die zet de gegevens vervolgens door naar de Amerikaanse belastingdienst, zodat die kan controleren of de juiste Amerikaanse belastingaangifte is gedaan. De wetgeving bevat hoge boetes voor banken die deze verplichtingen niet naleven.

De verplichting voor de bank om het TIN te verkrijgen, geldt ook voor gewone bankrekeningen van Amerikanen die in Nederland wonen. En binnen die groep zijn er dan nog de zogenaamde ‘onbedoelde Amerikanen’ (‘accidental Americans’): Nederlanders die toevallig ook de Amerikaanse nationaliteit hebben, omdat ze zijn geboren in de VS, maar er verder geen banden mee hebben. Sinds 1 juli 2014 mag de bank óók voor onbedoelde Amerikanen geen rekening openen als er geen TIN beschikbaar is. Een weigeringsplicht, dus. Althans: zo interpreteren de NVB en de daarbij aangesloten banken FATCA en de IGA.

68. Onder de rapportageverplichtingen rapporteren banken de volgende gegevens van hun Amerikaanse klanten aan de Nederlandse Belastingdienst: naam, adres, rekeningnummer, TIN, saldo van de rekening(en), de ontvangen rente en dividenden alsmede de opbrengsten van de verkoop, terugbetalingen of afkopen van vermogensbestanddelen.

Onbedoelde Amerikanen zullen veelal geen TIN hebben en moeten die dus aanvragen. Als zij dat niet willen, kunnen zij afstand doen van de Amerikaanse nationaliteit. Men krijgt dan een Certificate of Loss of Nationality (CLN). Met dat CLN kunnen de klanten bij hun bank aantonen dat zij niet langer de Amerikaanse nationaliteit bezitten en dan hoeft de bank niet het Amerikaanse TIN te hebben en kunnen zij dus een rekening openen zonder dat er een TIN beschikbaar is. Een nieuwe klant die nog geen TIN of CLN heeft zal in veel gevallen worden geweigerd bij het reguliere proces van het openen van een rekening. De klant zal in dat geval worden verzocht om de aanvraag voor het openen van een rekening in te dienen zodra een CLN of TIN beschikbaar is. Mogelijk dat bij een individuele bank er via een separate procedure een bankrekening kan worden verkregen als de klant kan aantonen dat de procedure voor een CLN of TIN in gang is gezet.⁶⁹

3.6 Weigeringsplicht, mensenrechten & milieu

3.6.1 De bredere context

De Europese Commissie wijst erop dat we in toenemende mate worden geconfronteerd met de gevolgen van klimaatverandering en uitputting van natuurlijke hulpbronnen.⁷⁰ In lijn met het VN Klimaatakkoord van Parijs wil de Europese Commissie daarom dat er meer geïnvesteerd wordt in 'groene' bedrijven en producten. Omdat de financiële sector als intermediair fungeert tussen vragers en aanbieders van kapitaal, heeft zij in deze groene transitie een sleutelrol te vervullen, aldus de Commissie in haar initiële Sustainable Finance Action Plan (SFAP) uit maart 2018.⁷¹

De beleidsdoelstelling van de diverse wetgevingsinitiatieven die schuilgaan achter het FSAP is dat zij de diverse stakeholders, zoals beleggers en financiële instellingen, stimuleert bij te dragen aan een duurzamere wereld. De Europese Commissie doet dat vooral met zachte dwang. Denk bijvoorbeeld aan de verplichting van financiële tussenpersonen zoals adviseurs en vermogensbeheerders om (i) aan het belegend publiek duidelijk te maken hoe duurzaam de door hen aangeboden financiële producten nu eigenlijk zijn⁷² en (ii) de duurzaamheidsvoorkeuren van bestaande en nieuwe klanten in kaart te brengen.⁷³ Dit zijn allemaal strategieën die ertoe

69. Zie nader nvv.nl/themas/bank-maatschappij/fatca/.

70. Zie COM/2018/97 def., p. 1. Zie over de diverse elementen van het SFAP bijv. diverse bijdragen aan Van Loopik & Palm-Steyerberg 2022; Busch, Ferrarini & Grünewald 2021. Zie ook Van Dijk 2023.

71. Zie COM/2018/97 def., p. 1. Zie voor het follow-up SFAP: COM/2021/390 def. Vgl. ook COM/2023/317 def.

72. Zie bijv. Labeur 2022; Busch 2023a.

73. Zie Raas 2023. Zie ook Jorritsma 2023; Van Engelenburg 2022.

strekken dat beleggers hopelijk zelf gaan inzien dat zij maar beter duurzaam kunnen beleggen. Zij worden dus niet wettelijk verplicht om duurzaam te beleggen, dat is uiteindelijk hun eigen keuze. Ook de financiële tussenpersonen mogen nog steeds financiële producten aanbieden aan nieuwe en bestaande klanten ook al zijn die niet als duurzaam aan te merken. Van op de financiële instellingen rustende wettelijke weigeringsplichten/verboden is voorsnog dus geen sprake.

3.6.2 Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)

Op één punt wil de Europese Commissie wél werken met harde dwang en een regelrechte wettelijke weigeringsplicht introduceren. Ik heb het dan over het omstreden voorstel dat de Europese Commissie deed ter zake van de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD).⁷⁴ De Raad en het Europees Parlement hebben inmiddels ieder een eigen doorlopende tekst van de CSDDD gepubliceerd. De teksten van de Europese Commissie, de Raad en het Europees Parlement verschillen onderling. In dit preadvies houd ik de tekst van de Europese Commissie aan.⁷⁵

Voor zover hier van belang moeten grote bedrijven die gevestigd of actief zijn in de EU⁷⁶ bij zichzelf, bij dochterondernemingen en in de waardeketen onderzoek (due diligence) doen naar feitelijke en potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en het milieu.⁷⁷

Ook grote banken en vele andere grote financiële instellingen vallen wat de Europese Commissie betreft onder de CSDDD en moeten dus ook voldoen aan de zojuist geschetste due diligenceverplichtingen.⁷⁸ ‘Waardeketen’

74. Zie voor het voorstel van de Europese Commissie: COM/2022/71 def. (hierna: CSDDD). Zie in dit verband ook het Nederlandse voorstel ter zake van de Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, dat in dezelfde richting gaat als de CSDDD zoals voorgesteld door de Europese Commissie. Zie voor het naar aanleiding van opmerkingen van de Raad van State aangepaste wetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting: *Kamerstukken II 2022/23, 25761, nr. 9* (gewijzigd wetsvoorstel) en nr. 10 (toelichting op gewijzigd wetsvoorstel). Zie over de CSDDD bijv. de diverse bijdragen aan de special van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 5; Cherednychenko 2022a; De Kluiver 2023.

75. Zie voor de CSDDD-versies van de Raad en het Europees Parlement: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15024_2022_REV_1 (Raad); eerstekamer.nl/eu/documenteu/p9_ta_2023_0209_amendementen_van/f=/vm3okpcwawo1.pdf (Europees Parlement).

76. Grote bedrijven zijn bedrijven die bepaalde drempelwaarden overschrijden. Zie voor de exacte vereisten art. 2 CSDDD.

77. Zie art. 4 gelezen in verbinding met art. 5-11 CSDDD. Daarnaast bevat de CSDDD voor de grootste bedrijven de verplichting een Climate Change Action Plan (CCAP) te hebben, zie art. 15 CSDDD.

78. Zie voor de complete lijst van financiële instellingen die onder de CSDDD vallen: art. 2 en art. 3 punt (a)(iv) CSDDD. NB: de Raad wil dat de lidstaten zelf kunnen bepalen of

wordt in relatie tot grote banken en de andere grote financiële instellingen die onder de CSDDD vallen, kort gezegd gedefinieerd als de verstrekking van leningen, kredieten en andere financiële diensten aan ondernemingen met uitzondering van ondernemingen behorend tot het midden- en kleinbedrijf (mkb).⁷⁹ De due diligenceverplichting geldt voor grote financiële instellingen dus enkel in relatie tot niet-mkb-ondernemingen. Hierna spreek ik kortheidshalve over grote financiële instellingen en niet steeds over grote banken en andere grote financiële instellingen die onder de CSDDD vallen.

Toegespitst op grote financiële instellingen werkt het due diligenceonderzoek kort gezegd als volgt. Als het due diligenceonderzoek uitwijst dat bij een bestaande of nieuwe klant (zijnde een niet-mkb-onderneming) sprake is van feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en/of het milieu, dan moet de grote financiële instelling proberen deze effecten te beëindigen, beperken of te voorkomen door diverse in de CSDDD opgesomde maatregelen, *zoals* ‘in voorkomend geval’ (1) de ontwikkeling en uitvoering van een preventief of corrigerend actieplan en (2) het vragen van contractuele garanties aan de bestaande of nieuwe klant. *Als de feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en/of het milieu evenwel niet beëindigd, beperkt of voorkomen kunnen worden, dan moet de grote financiële instelling afzien van het aangaan van de nieuwe relatie of het uitbreiden van de bestaande relatie.*⁸⁰ Kortom, wettelijke weigeringsplichten, al gelden die dus enkel in relatie tot niet-mkb-ondernemingen, omdat alleen zij onderdeel uitmaken van de waardeketen van een grote financiële instelling.

3.7 Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie

3.7.1 Legitimiteit

In dit hoofdstuk zijn diverse wettelijke weigeringsplichten besproken die ertoe strekken integriteitsrisico's (witwassen en terrorismefinanciering, belastingontduiking en steun aan foute regimes), schending van mensenrechten en milieuschade zoveel mogelijk te voorkomen. Allemaal doelen die de meesten van ons vermoedelijk wel als legitiem zullen aanmerken.

Maar ook hier geldt: enkel een legitiem doel is niet voldoende. Als aanneemelijk is dat integriteitsrisico's, schending van mensenrechten en milieu-

de financiële sector onder het bereik van de CSDDD komt te vallen (lidstaatoptie). Zie art. 2 lid 8 van de CSDDD-versie van de Raad.

79. Zie art. 3 punt (g) CSDDD.

80. Zie art. 7 lid 5 en lid 1-4 (preventie van potentiële negatieve effecten) en art. 8 lid 6 en lid 3-5 (beëindiging van feitelijke negatieve effecten) CSDDD.

schade ook met minder vergaande inperkingen van de contractvrijheid dan een weigeringsplicht zoveel mogelijk kunnen worden voorkomen, dan zou gekozen moeten worden voor die minder vergaande inperking.

3.7.2 Weigeringsplichten & anti-witwasregels

Wat betreft de weigeringsplicht uit hoofde van de Wwft is het vooral de te categorale wijze waarop zij in de praktijk wordt toegepast die tot disproportionaliteit leidt, en niet zozeer de wettelijke weigeringsplicht zélf. De banken, de toezichthouders en de Minister van Financiën geven inmiddels min of meer toe dat dit ertoe leidt dat klanten uit zogenaamde hoog-risico-sectoren ten onrechte worden geweigerd. De banken en de toezichthouders werken er nu samen aan om zoveel mogelijk te voorkomen dat klanten ten onrechte wordt geweigerd. Als dat effect gaat sorteren, zie ik niet onmiddellijk reden om ervoor te pleiten de Wwft-weigeringsplicht af te schaffen (Nederland zou dit op eigen houtje overigens ook niet kunnen doen, het betreft hier immers regels met een Europese herkomst⁸¹). Enerzijds is het lastig te bedenken welke vanuit het perspectief van de contractvrijheid minder vergaande aanpak mogelijk zou zijn, anderzijds lijkt het mij terecht dat partijen geweigerd worden (1) die niet de medewerking verlenen aan het klantonderzoek dat in redelijkheid van hen verwacht mag worden, of (2) ten aanzien van wie het klantonderzoek een negatief resultaat heeft.⁸²

3.7.3 Weigeringsplichten & sanctiewetgeving

Dan de weigeringsplichten uit hoofde van de sanctiewetgeving. Wij begeven ons dan op het vlak van de geopolitiek. Het is lastig een uitspraak te doen over de vraag of de weigeringsplichten uit hoofde van bijvoorbeeld de EU-sancties tegen Rusland vanuit het perspectief van de contractvrijheid proportioneel zijn. Er wordt ongetwijfeld verschillend gedacht over de vraag of sancties überhaupt (dan wel in een concreet geval) wenselijk of effectief zijn.⁸³ Stel we nemen aan dat de EU-sancties tegen Rusland een significante bijdrage zullen leveren aan de beëindiging van de Russische invasie van Oekraïne, dan denk ik dat wij de erin opgenomen weigeringsplichten voor lief moeten nemen en wij het er voorlopig maar op moeten houden dat de inperking van de contractvrijheid die de erin opgenomen weigeringsplichten tot gevolg hebben, proportioneel is.

81. Zie art 14 lid 4, eerste alinea, Richtlijn (EU) 2015/849 (Vierde Anti-witwasrichtlijn zoals nadien gewijzigd).

82. Er zijn evenwel auteurs die zeer kritisch zijn en menen dat de huidige strategie ter voorkoming van witwassen niet werkt en witwassen zelfs faciliteert, zie Gilmour & Hicks 2023.

83. Zie hierover bijv. Nephew 2023.

3.7.4 Weigeringsplichten & trustkantoren

De weigeringsplichten uit de Wet toezicht trustkantoren (Wtt 2018) beogen een bijdrage te leveren aan het zoveel mogelijk voorkomen van belastingontduiking, witwassen en terrorismefinanciering en steun aan foute regimes. Deze weigeringsplichten vloeien voort uit een drietal verboden: (1) een algeheel verbod om beroeps- of bedrijfsmatig gebruik te maken van doorstroomvennootschappen, (2) een verbod op trustdienstverlening met betrokkenheid van derde-hoogrisicolanden of van landen die op de lijst staan van non-coöperatieve landen op belastinggebied en (3) een verbod trustdiensten te verlenen aan Russische en Belarussische partijen.

Ook hier is het lastig te beoordelen in hoeverre de hieruit voortvloeiende weigeringsplichten voor trustkantoren vanuit het perspectief van de contractvrijheid proportioneel zijn. De Nederlandse trustsector heeft zeker sinds de onthulling van de Panama Papers geen al te beste naam. Ongetwijfeld hebben door deze verboden de goeden te lijden onder de kwaden. Maar ook hier geldt dat we het terrein van de geopolitiek betreden. Er zal door de onthulling van de Panama Papers internationaal vast de nodige druk zijn uitgeoefend op Nederland om de wettelijke teugels verder aan te trekken. Ik ben geneigd om de verboden voor nu het voordeel van de twijfel te gunnen en het er voorlopig maar voor te houden dat we hier met een proportionele inbreuk op de contractvrijheid van doen hebben, met één uitzondering: *in aanvulling op de EU-sancties tegen Rusland* (en Belarus) is het volgens de Wtt 2018 verboden nog langer trustdiensten te verlenen aan Russische en Belarussische partijen. Dat wil zeggen, ook als het partijen betreft die helemaal niet op de sanctielijst staan. Dit lijkt mij een disproportionele inperking van de contractvrijheid van zowel trustkantoren als Russische en Belarussische partijen. Ik ben niet onmiddellijk overtuigd dat het noodzakelijk is dat Nederland op eigen houtje strengere regels stelt dan die welke voortvloeien uit de EU-sancties tegen Rusland (en Belarus).⁸⁴

84. De Minister van Financiën heeft deze keuze overigens wel (enigszins) gemotiveerd in *Kamerstukken II 2021/22*, 36080, nr. 3 (MvT, p. 3), 4 (Nader Rapport, p. 4), en 6 (NV II, p. 5-6). 'Gezien de situatie in Oekraïne vindt het kabinet het van belang om te voorkomen dat Nederlandse bedrijven [i.e. trustkantoren, DB] betrokken zijn bij internationale structuren die geldstromen faciliteren van personen of ondernemingen uit de Russische Federatie of de Republiek Belarus. De partijen die opdracht geven tot het opzetten en het beheren van dergelijke structuren, zijn vaak vermogende personen. Er bestaat een reële kans dat zij profiteren van het regime in de Russische Federatie of de Republiek Belarus. Het kabinet acht het in dat licht noodzakelijk dat Nederlandse trustkantoren hun dienstverlening aan partijen in de Russische Federatie en de Republiek Belarus staken en ziet geen geschikte lichtere maatregel om dit doel te bereiken.' (Nader Rapport, p. 4.) De Minister van Financiën geeft in de NV II (p. 7) aan dat zij aan een bredere Europese coalitie werkt op dit gebied. Kennelijk is dit vooralsnog niet gelukt.

3.7.5 Weigeringsplichten & FATCA

Dan de weigeringsplicht die volgens althans de NVB en de daarbij aangesloten banken voortvloeit uit de FATCA en de daarmee samenhangende IGA. Sinds 1 juli 2014 mag de bank óók voor onbedoelde Amerikanen (Nederlanders die toevallig ook de Amerikaanse nationaliteit hebben, omdat ze zijn geboren in de VS maar er verder geen banden mee hebben) geen rekening openen als er geen Amerikaans 'Tax Identification Number' (TIN) beschikbaar is. Onbedoelde Amerikanen zullen veelal geen TIN hebben en moeten die dus aanvragen. Als zij dat niet willen, kunnen zij afstand doen van de Amerikaanse nationaliteit. Men krijgt dan een Certificate of Loss of Nationality (CLN). Met dat CLN kunnen de klanten bij hun bank aantonen dat zij niet langer de Amerikaanse nationaliteit bezitten en dan hoeft de bank niet het Amerikaanse TIN te hebben en kunnen zij dus een rekening openen zonder dat er een TIN beschikbaar is.

Het kost ongetwijfeld de nodige tijd en energie om een TIN of een CLN te bemachtigen, maar een disproportionele inperking van de contractvrijheid van de klant zou ik dit niet onmiddellijk willen noemen. Als de klant de moeite neemt een TIN of CLN te verkrijgen en vervolgens te overleggen aan de bank, dan zal hij in principe zonder problemen een rekening kunnen openen. De contractvrijheid van de bank wordt uiteraard ook beperkt. De bank moet de Amerikaanse klant immers weigeren als deze geen TIN of CLN overlegt. De bank zal hiermee vermoedelijk weinig problemen hebben. Het alternatief is immers dat zij hoge boetes riskeert wegens overtreding van FATCA. Ook is het lastig te bedenken welke vanuit het perspectief van de contractvrijheid minder vergaande aanpak effectief zou kunnen zijn.

3.7.6 Weigeringsplicht, duurzaamheid & mensenrechten

Vervolgens de weigeringsplicht uit hoofde van het CSDDD-voorstel van de Europese Commissie: als de feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en/of het milieu niet beëindigd, beperkt of voorkomen kunnen worden, dan *moet* de grote financiële instelling afzien van het aangaan van de nieuwe relatie of het uitbreiden van de bestaande relatie ter zake van (kort gezegd) de verstrekking van leningen, kredieten en andere financiële diensten aan niet-mkb-ondernemingen.

Gelet (1) op het grote belang van het zoveel mogelijk voorkomen van schendingen van mensenrechten en milieuschade, en (2) het feit dat de weigeringsplicht enkel geldt als de feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en/of het milieu niet beëindigd, beperkt of voorkomen kunnen worden, ben ik geneigd deze inperking van de contractvrijheid

als proportioneel aan te merken. Bovendien geldt de weigeringsplicht alleen voor grote financiële ondernemingen in relatie tot niet-mkb-ondernemingen, omdat alleen zij onderdeel uitmaken van de waardeketen van die financiële instellingen.

3.7.7 Consistentie

Tot slot dan het evaluatiecriterium van consistentie. Wat we in dit hoofdstuk hebben gezien is dat bepaalde integriteitsrisico's, maar ook schending van mensenrechten en milieuschade als zo prangend worden ervaren dat dit moet resulteren in weigeringsplichten. In zoverre is sprake van consistentie. Ongetwijfeld duiken er op termijn weer nieuwe risico's op waarvan wij als samenleving vinden dat die zoveel mogelijk voorkomen moeten worden. Alsdan moet worden bezien in hoeverre het geïndiceerd is de lijn van de weigeringsplicht door te trekken ter voorkoming van die nieuwe risico's of dat ter zake van die nieuwe risico's een andere aanpak effectiever is. Of die andere aanpak dan inconsistent is met de in dit hoofdstuk besproken weigeringsplichten valt eigenlijk niet in abstracto te bepalen, dat zal mede afhangen van de aard van die nieuwe risico's.

Hoofdstuk 4

Contractdwang & de zwakkere partij

4.1 Inleiding

Ik merkte het in hoofdstuk 1 al op: contractdwang wordt veelal beschouwd als de ultieme beknutting van de contractvrijheid. Vooral banken hebben in toenemende mate te maken met contractdwang, dat wil zeggen met een contracteerplicht. In dit hoofdstuk bespreek en evalueer ik een tweetal gevallen waarin de contracteerplicht gelegen is in de bescherming van de (beoogde) contractpartij van de financiële instelling, die wordt beschouwd als de zwakkere partij.

4.2 Recht op een basisbetaalrekening – consumenten

4.2.1 Het juridisch kader: artikel 4:71f e.v. Wft

Voor banken is een contracteerplicht opgenomen in artikel 4:71f e.v. Wft.¹ Deze bepalingen vormen de Nederlandse implementatie van artikel 16 e.v. van de Richtlijn betaalrekeningen (Payment Accounts Directive, PAD).² Op grond van dit regime hebben consumenten recht op een basisbetaalreke-

1. Bij zorgverzekeringen geldt in feite ook een contracteerplicht (voor de basisverzekering), zie art. 3 Zorgverzekeringswet. Zie hierover paragraaf 3.2 van het preadvies van Houben.
2. Richtlijn 2014/92/EU. Voordien (sinds 2001) bestond al het Convenant basisbankrekening (zelfregulering). De grootste consumentenbanken in Nederland committeerden zich hiermee aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid om zoveel mogelijk mensen een laagdrempelige toegang te bieden tot het (girale) betalingsverkeer. Sindsdien bieden de aan het Convenant deelnemende banken (ABN AMRO, ING Bank, Rabobank, SNS Bank en Triodos Bank) in principe aan iedere meerderjarige met een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland, dan wel met een postadres bij een onder het Convenant erkende hulpverleningsinstantie, en wiens identiteit conform de Wvft kan worden vastgesteld en geverifieerd, een pakket primaire betaaldiensten aan. Met de komst van de Richtlijn betaalrekeningen is het recht op toegang tot een basisbetaalrekening voor veel consumenten wettelijk geregeld. Ondanks deze wetgeving is het Convenant blijven bestaan, onder meer omdat het een ruimere toegang biedt tot een basisbetaalrekening dan de wettelijke regeling. Zo biedt het Convenant voor personen die zijn veroordeeld voor – of worden verdacht van – financiële misdrijven alsnog een mogelijkheid om een betaalrekening te openen en te gebruiken. De bank kan het voor hen verplicht stellen dat zij zich bij hun aanvraag laten ondersteunen door een onder het Convenant erkende hulpverleningsinstantie, die het aanvraagformulier medeondertekent. De bank kan het hierbij ook verplicht stellen dat de betaalrekening door deze hulpverleningsinstantie wordt beheerd. Zie p. 1-2 van het Convenant (betaalvereniging.nl/wp-content/uploads/Convenant-primaire-betaaldiensten.pdf).

ning. Preciezer geformuleerd: een bank die in Nederland betaalrekeningen aan consumenten aanbiedt, stelt consumenten die rechtmatig in de EU verblijven op verzoek in de gelegenheid een basisbetaalrekening in euro's aan te vragen en te gebruiken, ongeacht hun nationaliteit of de woonplaats van de consument en ongeacht enige andere grond als bedoeld in artikel 21 (non-discriminatie) van het Handvest van de Europese Unie.³ Hetzelfde geldt voor consumenten die in de EU verblijven en geen vast adres hebben, dan wel in afwachting zijn van de beslissing op een asielaanvraag.⁴

Een basisbetaalrekening omvat diensten waarmee een consument (i) een betaalrekening kan openen, gebruiken en beëindigen, (ii) geldmiddelen op een betaalrekening kan storten, (iii) contanten kan opnemen, en (iv) (automatische) betalingstransacties en overmakingen kan uitvoeren. Een debetstand ('rood staan') is op een basisbetaalrekening dus niet mogelijk.⁵

Een basisbetaalrekening *moet* evenwel worden geweigerd als de bank bij het openen van de betaalrekening niet kan voldoen aan de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft).⁶ Het naleven van de Wwft weegt hier dus per definitie zwaarder dan het recht van consumenten op een basisbetaalrekening, ook als de bank zelf bereid zou zijn de basisbetaalrekening te verstrekken.

3. Art. 4:71f lid 1 Wft. Art. 21 Handvest EU luidt als volgt: '1. Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden. 2. Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, is iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden.' Mogelijk wordt het toepassingsbereik van de regeling binnenkort iets verbreed, zie het voorstel van het Kamerlid Sneller tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met het opnemen van het recht op een basisbetaalrekening voor Nederlanders woonachtig buiten de EU (Wet beschikbaarheid basisbetaalrekening Nederlanders buiten de Europese Unie), zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36015, nr. 1-3.

4. Art. 4:71f lid 2 Wft.

5. Zie de omschrijving van 'basisbetaalrekening' in art. 1:1 Wft, gelezen in samenhang met art. 4:71f lid 3 Wft en art. 17 lid 1 Richtlijn betaalrekeningen.

6. Art. 4:71g lid 1 Wft. Zie voor een voorbeeld Geschillencommissie KiFiD 16 april 2022 (2022-0346). De consument heeft een betaalrekening aangevraagd bij de bank voor zichzelf en haar kinderen. De aanvragen zijn door de bank afgewezen vanwege de relatie die de consument met Panama heeft, dat als hoogrisicoland is aangemerkt. De consument stelt dat de bank verplicht is haar een basisbetaalrekening te verschaffen en dat de bank discrimineert op basis van nationaliteit. De commissie is van oordeel dat de bank voldoende heeft gemotiveerd dat zij niet kan voldoen aan de door de Wwft gestelde eisen en daarom verplicht is de aanvraag te weigeren. Het verbod op onderscheid op basis van nationaliteit is niet van toepassing nu de weigering is gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift. De vordering wordt afgewezen. Zie recentelijk over de wisselwerking tussen het recht op een basisbetaalrekening en AML/TF-regels EBA/GL/2023/04 (31 maart 2023), nr. 15-17.

Daarnaast *mag* de bank de basisbetaalrekening enkel weigeren op de in de Wft opgesomde gronden, te weten indien de aanvrager: (a) niet kan aantonen een werkelijk belang te hebben bij het openen van een basisbetaalrekening in Nederland; (b) bij een andere in Nederland gevestigde bank een aanvraag voor een basisbetaalrekening heeft lopen of reeds een betaalrekening aanhoudt bij een andere in Nederland gevestigde bank, waarmee hij gebruik kan maken van de diensten verbonden aan basisbetaalrekeningen, *tenzij* de aanvrager verklaart ervan in kennis te zijn gesteld dat die betaalrekening zal worden opgeheven; (c) minder dan acht jaar geleden onherroepelijk is veroordeeld voor financiële misdrijven;⁷ (d) een basisbetaalrekening had die minder dan twee jaar geleden is beëindigd op de grond dat hij die basisbetaalrekening opzettelijk heeft gebruikt voor het plegen van strafbare feiten; of (e) weigert om op verzoek van de bank een verklaring te ondertekenen, waaruit blijkt dat hij geen andere betaalrekening aanhoudt of heeft aangevraagd bij een in Nederland gevestigde bank.⁸ In de voornoemde gevallen *mag* de bank de basisbetaalrekening weigeren. Weigeren is hier dus niet verplicht. Als de bank de basisbetaalrekening op een of meer van deze gronden weigert, mag als uitgangspunt aangenomen worden dat weigering geen onrechtmatige daad oplevert, bijvoorbeeld op basis van een schending van de zorgplicht jegens derden.

Binnen tien werkdagen na ontvangst van de volledige aanvraag informeert de bank de aanvrager over de weigering een basisbetaalrekening te openen. De weigering geschiedt schriftelijk en kosteloos, en onder opgaaf van redenen, *tenzij* dit laatste in strijd zou zijn met de Wwft, met de nationale veiligheid of de openbare orde. Indien een bank weigert een basisbetaalrekening te openen, stelt de bank de aanvrager op de hoogte van (1) de interne klachtenprocedure; (2) het recht van de consument om een klacht in te dienen bij de AFM en het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD), met vermelding van de contactgegevens van de AFM en het KiFiD.⁹

De gedachte achter dit Europese regime is dat het voor consumenten vrijwel onmogelijk is om zonder betaalrekening deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en dat toegang tot een basisbetaalrekening daarom zoveel

7. Te weten: een misdrijf als bedoeld in art. 225 (valsheid in geschrifte), 227a (opzettelijk niet naar waarheid gegevens verstrekken anders dan door valsheid in geschrifte), 326 (oplichting), 341 (bedrieglijke bankbreuk), 420 bis (witwassen) of 420 ter (witwassen) Sr, zie art. 4:71g lid 2 onder (c) Wft.

8. Art. 4:71g lid 2-3 Wft.

9. Art. 4:71h Wft.

mogelijk moet worden gewaarborgd.¹⁰ Kortom, bescherming van de zwakkere partij.

4.2.2 Basisbetaalrekening & Brexit

Een voorbeeld ter illustratie.¹¹ De consument woont in het Verenigd Koninkrijk, maar is veel in Nederland, mede omdat zijn zoon in Nederland woont om een zesjarige studie te volgen aan een Nederlandse universiteit. De consument beschikt over een Engelse betaalrekening met een daaraan gekoppelde betaalpas. Zijn Engelse betaalpas wordt in Nederland voor alledaagse aankopen evenwel weinig geaccepteerd, mede vanwege het ontbreken van het Maestro-logo. Hierdoor wordt de consument beperkt in zijn betalingsmogelijkheden in Nederland, omdat het gebruik van contant geld in Nederland sterk is afgenomen. De consument benadert daarop ING Bank (hierna: de bank) met het verzoek voor hem een basisbetaalrekening te openen. De bank weigert dit, omdat hij niet over een Burger Service Nummer (BSN) beschikt.¹² De consument maakt daarop een procedure aanhangig bij de Geschillencommissie KiFiD en vordert dat de bank voor hem een basisbetaalrekening opent.

De Geschillencommissie KiFiD oordeelt (kort gezegd) als volgt. Op de datum van de uitspraak (14 december 2020) had het Verenigd Koninkrijk de Europese Unie weliswaar al verlaten (te weten op 31 januari 2020), maar gold er een overgangperiode tot en met 31 december 2020, zodat de consument (ondanks Brexit) ten tijde van de uitspraak rechtmatig in de EU verbleef zoals voorgeschreven door artikel 4:71f lid 1 Wft.¹³ De consument heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat hij een werkelijk belang had bij het openen van een basisbetaalrekening bij een Nederlandse bank, omdat zijn zoon in Nederland woont.¹⁴ Consument heeft op verzoek van de bank verklaard niet elders een betaalrekening te hebben of te hebben aangevraagd. De Commissie concludeert dat consument op grond van artikel 4:71f Wft recht heeft op een basisbetaalrekening.¹⁵ Het beroep van de bank op de weigeringsgronden van artikel 4:71g Wft slaagt niet en de vordering van consument wordt toegewezen.¹⁶

10. Zie o.v. (44) e.v. van de preambule van de Richtlijn betaalrekeningen. Zie over het regime van art. 4:71f e.v. Wft, met inbegrip van de voorgeschiedenis van dit regime bijv. Louisse 2013; Bierens 2023, p. 218-219; Bierens 2020, par. 20.7; De Lange 2020.

11. GC KiFiD 14 december 2020 (2020-1036).

12. GC KiFiD 14 december 2020 (2020-1036), nr. 2.1, 2.3, 2.5, 3.2.

13. GC KiFiD 14 december 2020 (2020-1036), nr. 4.6.

14. GC KiFiD 14 december 2020 (2020-1036), nr. 4.11-4.14.

15. GC KiFiD 14 december 2020 (2020-1036), nr. 4.16 en 4.17.

16. GC KiFiD 14 december 2020 (2020-1036), nr. 4.18 en 5.

4.3 Recht op een basisbetaalrekening – niet-consumenten

4.3.1 Het juridisch kader: de bijzondere zorgplicht jegens derden

Voor bedrijven en andere niet-consumenten (zoals stichtingen) ligt het niet wezenlijk anders dan voor consumenten. Ook voor niet-consumenten is het vrijwel onmogelijk om zonder betaalrekening deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer. Ook zij zijn te beschouwen als de zwakkere partij, in die zin dat zij ten opzichte van de bank verkeren in een afhankelijkheidsrelatie. Een specifieke wettelijke grondslag vergelijkbaar met die voor consumenten ontbreekt evenwel. Toch heeft de Hoge Raad in het bekende *Yin Yang*-arrest van 2021 geoordeeld dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie ook ten aanzien van niet-consumenten de verplichting *kan* rusten een betaalrekening aan te bieden.¹⁷ De vraag naar de verplichting van de bank om een betaalrekening te verstrekken wordt daarbij in de sleutel geplaatst van het leerstuk van de bijzondere zorgplicht jegens derden.¹⁸ De bijzondere zorgplicht van banken jegens derden *kan* onder omstandigheden dus leiden tot een verplichting te contracteren met niet-consumenten.¹⁹

Ter beantwoording van de vraag of een bank een betaalrekening al dan niet mag weigeren aan een niet-consument, komt het volgens het *Ying Yang*-arrest aan op een afweging tussen enerzijds de belangen van de bank

17. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.2.

18. Zie r.o. 3.6 van het arrest van het Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121. Ook in bijv. de volgende uitspraken werd de problematiek al in de sleutel van het leerstuk van de bijzondere zorgplicht jegens derden geplaatst: Rb. Amsterdam 4 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8144, r.o. 4.5. (*Project C*); Rb. Amsterdam 2 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:358, r.o. 4.6; Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3337, r.o. 4.2-4.3.

19. Hiermee is een nieuwe toepassingsmodaliteit van het leerstuk van de bijzondere zorgplicht jegens derden geboren. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad hebben banken een bijzondere zorgplicht tegenover derden met wier belangen zij rekening behoren te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW). De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval en resulteerde tot dusver vooral in waarschuwingsplichten en onderzoeksplichten. Zie HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536; HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713; HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399. Ofschoon de context aanzienlijk verschilt, wordt ook de aansprakelijkheid van de bank die bij een beursgang als syndicaatsleider optreedt door de Hoge Raad expliciet gebaseerd op een schending van de bijzondere zorgplicht tegenover derden. Het bedrijf dat naar de beurs gaat is in deze constellatie de cliënt van de bank, de beleggers zijn ten opzichte van de bank derden. De Hoge Raad overwoog dat op de bank als syndicaatsleider een bijzondere zorgplicht rust die erop neerkomt dat de bank gehouden is om – voor zover dat binnen haar invloedssfeer ligt – te voorkomen dat bij potentiële beleggers (particulier en niet-particulier) een onjuist beeld ontstaat van de uittevende instelling. Zie HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, r.o. 4.31.1 e.v.

om de betaalrekening te weigeren, en anderzijds de belangen van de niet-consument bij de verstrekking van de betaalrekening. De civiele rechter moet weliswaar zwaar laten wegen dat het zonder betaalrekening vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en een bedrijf te exploiteren, maar daarmee is niet gezegd dat dit argument altijd de doorslag zou moeten geven. Dit zal afhangen van de overige omstandigheden van het geval.²⁰

Ter voorkoming van misverstanden, als de bank geen toereikend klantonderzoek *kan* doen of als het klantonderzoek (kort gezegd) een negatief resultaat heeft, is het de bank verboden een zakelijke relatie aan te gaan (art. 5 lid 1 Wvft). In die gevallen *moet* de bank de verstrekking van een betaalrekening dus weigeren. Zie nader hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.2, hierboven.

4.3.2 Het Yin Yang-arrest

4.3.2.1 Algemeen

Hoe lagen de feiten in het Yin Yang-arrest en hoe werden vervolgens de belangen van de bank om de betaalrekening te weigeren afgewogen tegen de belangen van de niet-consument bij de verstrekking van de betaalrekening?

4.3.2.2 Feiten

Sinds oktober 1994 exploiteert Yin Yang²¹ onder de naam ‘Saunaclub Yin Yang’ in Roermond een ontmoetingscentrum volgens het concept van

20. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.3; Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.8, 3.12 en 3.14. Zie voor een geval waarin de belangenafweging uitviel in het voordeel van de bank: Rb. Midden-Nederland 13 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2877 (*X B.V./Triodos Bank N.V.*). De aanvrager van de betaalrekening is een B.V. Een certificaathouder van de aandelen in die B.V. (de aandelen zelf worden gehouden door een stichting) heeft een belang in zakelijk vastgoed. Triodos accepteert alleen zakelijke klanten die passen bij de missie van de bank. In de acceptatiecriteria worden een aantal sectoren, activiteiten en soorten organisaties opgesomd die Triodos niet als klant accepteert, met inbegrip van de sector ‘zakelijk vastgoed’. De acceptatiecriteria bepalen ook dat zij geen organisaties accepteert waarvan de vennoot of aandeelhouder een belang heeft in de genoemde sectoren, activiteiten of organisaties. Een redelijke uitleg van de acceptatievoorwaarden brengt evenwel mee dat de certificaathouder als ‘vennoot of aandeelhouder’ heeft te gelden (r.o. 3.3-3.5). De rechtbank merkt op dat ‘[d]e belangenafweging [...] waarschijnlijk anders [zou] uitpakken als alle Nederlandse banken rechtspersonen zouden uitsluiten die direct of indirect actief zijn in zakelijk vastgoed’ (r.o. 3.12).

21. ‘Yin Yang’ staat voor een reeks van zeven aan elkaar gelieerde rechtspersonen: Yin Yang Exploitatie B.V., VOCU B.V., Roerdalhoeve B.V., Stichting CS Bedrijven, CS Horeca B.V., C.S. Sauna B.V. en MSB B.V.

de *Freikörperkultur* (hierna ook: de club). Tegen betaling van een entreegeld van € 60, kunnen bezoekers gebruikmaken van de in de club aanwezige voorzieningen en, al dan niet tegen onderlinge betaling, seks hebben met andere bezoekers.²² Yin Yang bankiert bij ING Bank (hierna: de bank) en heeft onder meer een overeenkomst ‘verpakt afstorten’ gesloten met de bank om storting van contante gelden door Yin Yang mogelijk te maken.²³

Eind november 2016 heeft de politie een doorzoeking gedaan in de club. Daarbij zijn het pand, de lockers van bezoekers en geparkeerde auto's doorzocht. Bij de doorzoeking zijn een geringe hoeveelheid drugs en contant geld aangetroffen en in het pand en in auto's van bezoekers onder meer enkele busjes pepperspray, een taser en een stiletto. De doorzoeking heeft de nodige aandacht van de pers gehad. Daarna heeft de bank een Wwft klantonderzoek uitgevoerd en is het OM een strafrechtelijk onderzoek gestart.²⁴ De uitkomsten van het klantonderzoek hebben de bank in maart/april 2017 ertoe gebracht een overeenkomst voor het afstorten van contant geld en de bankrelaties met Yin Yang op te zeggen.²⁵

Het strafrechtelijk onderzoek loopt vervolgens met een sisser af. Per brief van 8 juni 2018 laat het OM aan de bank weten dat uit het strafrechtelijk onderzoek ‘niet is gebleken van feiten en omstandigheden die erop wijzen dat er verwijtbaar gebruik is gemaakt van de bedrijfsrekeningen’. Het OM merkt in de brief verder nog op dat inmiddels wel is gebleken dat Yin Yang haar compliance fors heeft verbeterd en dat dat een positieve ontwikkeling is.²⁶ Op 25 juni 2018 is tussen het OM en de bestuurders van Yin Yang een schikking getroffen voor de verdenking van het driemaal wisselen van contant geld zonder vergunning. Begin juli 2018 is de strafzaak tegen Yin Yang geseponeerd.²⁷

In een reeks van vier kortgedingprocedures tegen de bank heeft Yin Yang tevergeefs geprobeerd voortzetting te bewerkstelligen van de bankrelaties en de overeenkomst voor het afstorten van contant geld.²⁸ In een vijfde kortgedingprocedure vaart Yin Yang deels een andere koers. Mochten de bankrelaties en de overeenkomst voor het afstorten van contant geld wél rechtsgeldig zijn geëindigd, dan moet de bank uit hoofde van haar buiten-

22. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 2.1 onder (i); Concl. A-G T. Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 1.2.

23. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 2.1 onder (ii).

24. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 2.1 onder (iii); Concl. A-G T. Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, samenvatting, 2^e alinea.

25. Concl. A-G T. Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, samenvatting, 2^e alinea.

26. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 2.1 onder (x).

27. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 2.1 onder (xi).

28. Concl. A-G T. Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, samenvatting, 3^e alinea.

contractuele, bijzondere zorgplicht *nieuwe* bankrelaties en een *nieuwe* overeenkomst voor het afstorten van contant geld met Yin Yang aangaan. De rechtbank heeft de op deze basis door Yin Yang gevraagde voorzieningen geweigerd. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter evenwel vernietigd en de bank veroordeeld om Yin Yang in staat te stellen een betaalrekening bij de bank aan te houden, met dien verstande dat de bank niet veroordeeld is om daaraan faciliteiten te verbinden voor het storten van contant geld.²⁹

4.3.2.3 Belangenafweging

Het hof heeft volgens de Hoge Raad terecht (i) het belang van de bank om cliënten te weigeren vanwege toezichtrechtelijke eisen of integriteitsrisico's, afgewogen tegen het belang van Yin Yang, (ii) geconcludeerd dat tussen deze belangen onevenredigheid bestaat, en (iii) geoordeeld dat het belang van de bank in de omstandigheden van dit geval niet in de weg staat aan een verplichting tot het aanbieden van een betaalrekening, maar wel aan een verplichting tot het faciliteren van het storten van contant geld. Dat oordeel is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.³⁰

Hoe heeft het hof de (door de Hoge Raad akkoord bevonden) belangenafweging in deze zaak precies aangepakt? Om te beginnen brengt het hof een splitsing aan. Eerst behandelt het de vraag of de bank verplicht kan worden een overeenkomst aan te gaan met Yin Yang die het storten van contant geld faciliteert, daarna behandelt het de vraag of de bank verplicht is een betaalrekening zonder faciliteiten voor het storten van contant geld af te sluiten met Yin Yang.

(i) *Faciliteit voor het storten van contant geld*

De vraag of de bank verplicht is een overeenkomst aan te gaan met Yin Yang die het storten van contant geld faciliteert, beantwoordt het hof met 'nee'. Het hof onderbouwt dit oordeel als volgt.³¹

(1) de bank mag het aangaan van een dergelijke overeenkomst redelijkerwijs weigeren, omdat zij het risico op witwassen redelijkerwijs te groot kon achten, ook na de maatregelen die Yin Yang inmiddels getroffen heeft. Het staat immers vast dat (i) de legitimatie van de klanten van Yin Yang niet

29. Concl. A-G T. Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, samenvatting, 4^e alinea; Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121.

30. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.3.

31. Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.8.

wordt gecontroleerd en hun persoonsgegevens niet worden geregistreerd, (ii) een groot deel van de betalingen door klanten van Yin Yang in contanten wordt verricht (volgens Yin Yang circa 80% van de entreegelden) en, (iii) Yin Yang opereert in de integriteitsgevoelige relaxbranche.

(2) Het is ook mogelijk om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en een bedrijf te exploiteren zonder over dergelijke faciliteiten te beschikken. Misschien is het dan niet meer goed mogelijk een rendabel ontmoetingscentrum volgens het concept van de *Freikörperkultur* te exploiteren op de wijze die Yin Yang voor ogen staat, maar dat komt dan voor rekening en risico van Yin Yang. De contractvrijheid van de bank behoort niet zo ver te worden ingeperkt dat zij verplicht zou kunnen worden met Yin Yang te contracteren om hen in staat te stellen een rendabel ontmoetingscentrum volgens dat concept te exploiteren gelet op het daaraan verbonden risico op witwassen.

(ii) *Basisbetaalrekening*

De vraag of de bank verplicht is om met Yin Yang een betaalrekening *zonder* faciliteiten voor het storten van contant geld af te sluiten, beantwoordt het hof daarentegen met ‘ja’ en onderbouwt dit oordeel als volgt.

(1) Het is voor Yin Yang vrijwel onmogelijk om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer, laat staan om een bedrijf te exploiteren, zonder te beschikken over een betaalrekening bij een bank. Yin Yang had diverse banken benaderd, maar geen van de benaderde banken wilde een relatie met Yin Yang aangaan. De wetenschap dat de bank had opgezegd, in combinatie met een mediacheck, was voor de banken al voldoende om hen als nieuwe klanten te weigeren.³²

(2) Aan een dergelijke betaalrekening is een minder groot risico op witwassen verbonden. Het belang van de bank om het risico op witwassen te vermijden, wordt dus minder hard geraakt.³³

(3) In 2016 is er weliswaar een doorzoeking gedaan bij de club van Yin Yang, waarbij wat drugs, wapens en contant geld zijn aangetroffen, wat de nodige aandacht van de pers heeft gehad, en zijn de bestuurders verdacht geweest van (i) witwassen van € 140.000,00, (ii) het zonder vergunning uitvoeren van wisseltransacties in hun bedrijf en (iii) valsheid in geschrifte, maar deze verdenkingen zijn geëindigd in een schikking met het OM en een sepot. Anders dan de bank stelt, is het voorshands onvoldoende aanne-

32. Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.12.

33. Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.12.

melijk dat hetgeen waarvan de bestuurders verdacht zijn geweest, daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.³⁴

(4) Ook kan de bank in dit verband niet met succes aan Yin Yang tegenwerpen dat zij het vertrouwen in haar heeft verloren. De bank heeft onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan het objectief gerechtvaardigd is dat zij het vertrouwen heeft verloren dat vereist is voor het aanbieden van een betaalrekening zonder faciliteiten voor het storten van contant geld. De omstandigheid dat Yin Yang in en buiten rechte een bedrijfsmodel hebben verdedigd waarin veel contant geld omgaat, is in elk geval onvoldoende om dat objectief gerechtvaardigd te achten.³⁵ Ik lees deze overweging van het hof aldus dat het enkele feit dat Yin Yang opereert in een integriteitsgevoelige branche onvoldoende is om een basisbetaalrekening te weigeren.

4.4 Naar een wettelijke regeling voor een basisbetaalrekening voor niet-consumenten?

Als uitgangspunt geldt dus dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie ook ten aanzien van niet-consumenten, de verplichting *kan* rusten een basisbetaalrekening aan te bieden. De Hoge Raad verwijst in dit verband expliciet naar artikel 4:71f Wft ('vgl. voor consumenten artikel 4:71f Wft').³⁶ Hoe moeten we de verwijzing van de Hoge Raad naar artikel 4:71f Wft precies lezen? Ik heb niet de indruk dat de Hoge Raad het wettelijke regime per se een-op-een wil toepassen in relatie tot niet-consumenten. De verwijzing naar artikel 4:71f Wft is immers vrij losjes geformuleerd ('vgl. voor consumenten artikel 4:71f Wft'). Artikel 4:71f e.v. Wft geeft vrij exact aan in welke gevallen de bank een basisbetaalrekening aan een consument moet verstrekken en wanneer de bank die moet of mag weigeren.³⁷ De belangenafweging is hier dus al grotendeels gemaakt door de (Europese) wetgever en daar zal de Nederlandse civiele rechter het mee moeten doen.

Bij de beantwoording van de vraag of een bank een betaalrekening al dan niet mag weigeren aan een niet-consument, lijkt voor de civiele rechter een iets vrijer beoordelingskader te gelden omdat dit nu eenmaal niet wettelijk is vastgelegd, al zal van artikel 4:71f e.v. Wft wel een zekere re-

34. Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.14.

35. Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.14.

36. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.2.

37. Zie art. 4:71g Wft, besproken in par. 4.2.1 en par. 4.2.2, hierboven. Art. 4:71i Wft bepaalt wanneer de bank de basisbetaalrekening weer *mag* beëindigen, zie art. 4:71i Wft. In art. 5 lid 3 Wwft is tot slot in algemene zin bepaald dat de bank de zakelijke relatie *moet* beëindigen als zij geen toereikend klantonderzoek kan verrichten.

flexwerking uit kunnen gaan. Dat klinkt vaag en dat is het natuurlijk ook. Omwille van de rechtszekerheid zou een wettelijke regeling beter zijn. Andere ingrijpende beperkingen van de contractvrijheid in de financiële sector zijn ook allemaal wettelijk verankerd. Dat geldt voor de hiervóór besproken weigeringsplichten (hoofdstukken 2 en 3), alsmede voor de hierna nog te behandelen contracteerplichten en beëindigingsplichten (hoofdstukken 5 en 7). Andere auteurs zijn dezelfde mening toegedaan.³⁸ Veelzeggend is ook de volgende hartenkreet van de rechtbank Amsterdam:

‘Op dit moment wordt het aan de rechter overgelaten om te beoordelen of een bank een (potentiële) zakelijke klant een bankrekening moet aanbieden. Dit is een onwenselijke situatie. Voor consumenten is dit bij wet geregeld in artikel 4:71f Wft. Het is wenselijk dat er ook een wettelijke regeling komt voor rechtspersonen.’³⁹

Uit een bericht op de website van de koepelorganisatie van de Nederlandse banken (de Nederlandse Vereniging van Banken, de NVB) blijkt dat de banken op dit moment de mogelijkheden en voorwaarden onderzoeken voor een basisbetaalrekening voor ondernemers. Met zo’n rekening willen banken bonafide zakelijke klanten helpen die, bijvoorbeeld vanwege de aard van hun activiteiten, moeite hebben om een reguliere bankrekening te openen. Met een basisbetaalrekening zouden ondernemers dan kunnen deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en essentiële betalingen kunnen doen om hun bedrijf te kunnen uitoefenen. De NVB zal begin juli 2023 een eerste voorstel hebben uitgewerkt voor zo’n zakelijke basisbetaalrekening, in samenwerking met Betaalvereniging Nederland, aldus de NVB.⁴⁰

Bij de afronding van dit preadvies in september 2023 was dit eerste voorstel nog niet gepubliceerd. Het is (mij) niet duidelijk of men denkt aan zelfregulering of dat men een voorstel wil doen voor een wettelijke regeling.

4.5 De Belgische benadering

In België hebben ondernemingen (en diplomatieke zendingen) sinds 26 januari 2023 al wel een wettelijk verankerd recht op een basisbetaalre-

38. Ook o.m. de volgende auteurs zien wel wat in een wettelijke regeling: Van der Beek & Van den Heuvel 2020, p. 63; Lieverse 2022, *in fine*.

39. Rb. Amsterdam 7 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5662, r.o. 4.11 (*Viruswaarheid/ING*).

40. Zie nvv.nl/nieuws/banken-verkennen-basisbetaalrekening-voor-zakelijke-klanten/ (bericht van 10 mei 2023).

kening.⁴¹ In de Belgische regelgeving wordt gesproken over een basisbankdienst, maar inhoudelijk komt dit overeen met de basisbetaalrekening.

De regeling komt op hoofdlijnen op het volgende neer. Drie verschillende banken moeten geweigerd hebben de onderneming (of de diplomatieke zending) de basisbankdienst aan te bieden. In België gevestigde banken die volgens de Nationale Bank van België (NBB) systeemrelevant zijn, verlenen de basisbankdienst. De lijst met systeemrelevante banken wordt jaarlijks bijgewerkt en gepubliceerd op de website van de NBB. In 2023 komen zeven banken in aanmerking als aanbieders van de basisbankdienst: (i) BNP Paribas Fortis; (ii) KBC Groep; (iii) Belfius Bank; (iv) ING België; (v) Argenta; (vi) Axa Bank Belgium; (vii) Crelan. De basisbankdienst is niet noodzakelijkerwijs gratis.

Via een procedure bij de basisbankdienstkamer van de FOD Economie wordt een bank aangewezen als basisbankdienstaanbieder.⁴² De banken die de basisbankdienstkamer aanwijst, bepalen zelf de prijs voor een basisbankdienst. Het aantal elektronische verrichtingen is onbeperkt.

Ondernemers (en diplomatieke zendingen) kunnen de basisbankdienst aanvragen bij de basisbankdienstkamer van de FOD Economie, via een online aanvraagformulier. Zodra het aanvraagformulier is ingediend bij de basisbankdienstkamer checkt zij of alle benodigde documenten aanwezig zijn om de aanvraag ontvankelijk te verklaren. Zodra de aanvraag ontvankelijk is verklaard, legt de basisbankdienstkamer het dossier voor aan de Cel voor financiële informatieverwerking voor een verplicht advies. Als dat advies verkregen is, heeft de basisbankdienstkamer twee maanden om een beslissing te nemen over het aanwijzen van een basisbankdienstaanbieder. De onderneming (of diplomatieke zending) wordt per aangetekende post op de hoogte gebracht van de beslissing van de basisbankdienstkamer. In het kader van bijkomende risicobeperkende maatregelen kan de basisbankdienstkamer vragen enkele documenten of informatie te verstrekken voor haar beslissing tot aanwijzing van een basisbankdienstaanbieder. De basisbankdienstaanbieder heeft tien werkdagen om de basisbankdienst te verlenen. Die termijn bevat niet het anti-witwasonderzoek, noch eventuele bijkomende risicobeperkende maatregelen.

41. Zie de Wet van 8 november 2020 tot wijziging van het Wetboek economisch recht, inwerkingtreding per 1 mei 2021 (met name art. VII.59/4 – 59/8) en KB van 16 december 2022, *Belgisch Staatsblad* 16 januari 2023, 6485. Zie hierover: economie.fgov.be/nl/themas/financiele-diensten/betalingsdiensten/basisbankdienst/basisbankdienst-voor-0.

42. De FOD Economie is een Belgische overheidsinstantie die zich ten doel stelt (i) de rechten van consumenten te beschermen, (ii) de Belgische economie en bedrijven te stimuleren, en (iii) mensen en bedrijven een duwtje in de rug te geven. Aldus de website van de FOD Economie: economie.fgov.be/nl (zoeken op ‘Wat doet de FOD Economie?’).

De basisbankdienstaanbieder kan de basisbankdienst weigeren in de volgende gevallen: (1) de aanvrager beschikt al over een basisbankdienst of een andere betaalrekening; (2) de aanvraag voor een basisbankdienst is een schending van de Belgische wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten; (3) een lid van het wettelijke bestuursorgaan van de onderneming of de persoon belast met de effectieve leiding of een lid van het directiecomité is veroordeeld voor oplichting, misbruik van vertrouwen, bedrieglijke bankbreuk of valsheid in geschrifte.⁴³

Klachten kunnen ingediend worden bij het meldpunt van de FOD Economie. De klacht moet ook ingediend worden bij de bemiddelingsdienst van de kredietinstelling in kwestie. Als er geen oplossing werd bereikt binnen een redelijke termijn, kan een beroep worden gedaan op de Ombudsdienst voor financiële diensten. Die brengt in geval van een geschil een advies uit dat bindend is voor de kredietinstelling.⁴⁴

Ofschoon het een goede zaak is dat ook ondernemingen (en diplomatieke zendingen) in België een wettelijk verankerd recht hebben op een basisbankdienst/basisbetaalrekening, verdient de regeling naar mijn mening niet onmiddellijk navolging in Nederland. Het hele traject duurt eenvoudigweg te lang. Eerst moet men drie afwijzingen van banken kunnen overleggen en dan volgt er nog een langdurig traject bij de basisbankdienstkamer die uiteindelijk de basisbankdienstaanbieder moet aanwijzen. Ik voel zelf meer voor een wettelijke regeling die zoveel mogelijk lijkt op de regeling die we nu al kennen voor de basisbetaalrekening voor consumenten.

4.6 Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie

Vrij algemeen wordt de bescherming van de zwakkere partij als een legitieme reden beschouwd om de contractvrijheid aan banden te leggen. Maar enkel een legitiem doel is niet voldoende. Als aannemelijk is dat effectieve bescherming van de zwakkere partij met minder vergaande inperkingen van de contractvrijheid dan een contracteerplicht evenzeer kan worden bereikt, dan zou gekozen moeten worden voor die minder vergaande inperking.

43. De basisbankdienstaanbieder kan de basisbankdienst overigens ook weer opzeggen, zie daarover hfdst. 7, par. 7.5.2, hierna.

44. Zie over deze regeling bijv. Incalza 2022.

Het wettelijke recht op een basisbetaalrekening voor consumenten vormt wat mij betreft zeker een proportionele inperking van de contractvrijheid van banken. Het is voor consumenten vrijwel onmogelijk om zonder betaalrekening deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer zodat de toegang tot een basisbetaalrekening zoveel mogelijk moet worden gewaarborgd.

Voor bedrijven en andere niet-consumenten (zoals stichtingen) ligt het niet wezenlijk anders dan voor consumenten. Ook voor niet-consumenten is het vrijwel onmogelijk om zonder betaalrekening deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer. Ook zij zijn te beschouwen als de zwakkere partij omdat zij afhankelijk zijn van de bank. Een specifieke wettelijke grondslag vergelijkbaar met die voor consumenten ontbreekt evenwel. Toch heeft de Hoge Raad in het bekende *Yin Yang*-arrest van 2021 geoordeeld dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie ook ten aanzien van niet-consumenten de verplichting *kan* rusten een betaalrekening aan te bieden. Uit een bericht op de website van de koepelorganisatie van de Nederlandse banken (de Nederlandse Vereniging van Banken, de NVB) blijkt dat de banken op dit moment de mogelijkheden en voorwaarden onderzoeken voor een basisbetaalrekening voor ondernemers.

Dit zijn wat mij betreft allemaal goede ontwikkelingen, omdat het recht op een bankrekening een essentiële behoefte en randvoorwaarde is voor het deelnemen aan het economische en maatschappelijke verkeer. Een basisbetaalrekening voor bedrijven en andere niet-consumenten zou wat mij betreft evenzeer een proportionele inperking van de contractvrijheid van banken opleveren.

Bij de afronding van dit preadvies in september 2023 was het voorstel waaraan de NVB op haar website refereert nog niet gepubliceerd. Het is (mij) niet duidelijk of men denkt aan zelfregulering of dat men een voorstel wil doen voor een wettelijke regeling. Zelfregulering kent in vergelijking met een wettelijke regeling voor- en nadelen. Een wettelijke regeling is democratische gelegitimeerd en biedt een steviger juridische basis ('de wet geeft mij recht op een basisbetaalrekening'), terwijl dat voor een door de banken zelf opgestelde regeling allemaal niet geldt. Bovendien zal een dergelijke regeling vermoedelijk niet als recht in de zin van artikel 79, aanhef en lid 1, onder b, van de Wet op de rechterlijke organisatie worden aangemerkt, waardoor in cassatie tegen de toepassing van de regeling door een lagere rechter enkel motiveringsklachten en geen rechtsklachten kunnen worden gericht. Tot slot zou een zo ingrijpende inperking van de contractvrijheid als een contracteerplicht naar mijn mening opgenomen moeten worden in de wet. Bovendien: waarom voor consumenten een wettelijke regeling en voor ondernemers zelfregulering? Dat zou op het

punt van consistentie niet heel hoog scoren. Een voordeel van zelfregulering is dan weer dat de regeling snel kan worden aangepast als deze suboptimaal blijkt te functioneren. Al met al wegen de voordelen van een wettelijke regeling naar mijn mening zwaarder dan het enkele zojuist genoemde voordeel van zelfregulering.⁴⁵

45. Voor de volledigheid: een andere oplossing zou nog een zogenaamde 'terminusbank' zijn. Dat wil zeggen een nieuw op te richten bank waar ondernemers terecht kunnen die nergens anders een bankrekening kunnen krijgen. Die bank zou dan ofwel in handen van de Staat kunnen zijn en/of van de Nederlandse bankensector, bijvoorbeeld naar rato van hun marktaandeel op de markt voor betaalrekeningen voor ondernemers.

Hoofdstuk 5

Contractdwang & financiële stabiliteit

5.1 Inleiding

De gevallen van contractdwang die werden besproken in het vorige hoofdstuk zijn redelijk mainstream te noemen. Iedereen die het nieuws een beetje volgt weet dat bedrijven die actief zijn in integriteitsgevoelige branches moeite hebben om een bankrekening te openen. In dit hoofdstuk richt ik mij op een tweetal meer exotische voorbeelden van contractdwang in de financiële sector. Deze gevallen staan vermoedelijk wat verder af van de beleavingswereld van de meeste leden van de Vereniging voor Burgerlijk Recht. Toch zijn deze gevallen interessant om te bespreken. Zij hebben gemeen dat de contractdwang hier niet beoogt de zwakkere partij te beschermen, maar een bijdrage probeert te leveren aan de financiële stabiliteit.

5.2 Contractdwang & Central Counterparties (CCP's)

5.2.1 Centrale clearingplicht

Het eerste geval van contractdwang is gesitueerd in de gespecialiseerde context van de afwikkeling (clearing) van OTC-derivatencontracten. 'OTC' staat voor 'over-the-counter' (over de toonbank). Dit zijn kort gezegd derivatencontracten (zoals renteswaps en credit default swaps) die niet door tussenkomst van een beurs (in jargon: een gereguleerde markt) worden uitgevoerd.¹ De clearing van OTC-derivaten wordt beheerst door een EU-verordening, de European Market Infrastructure Regulation (EMIR). EMIR vormt een essentieel onderdeel van de wetgeving die in de nasleep van de financiële crisis op basis van G20-afspraken is ingevoerd om financiële markten veiliger en transparanter te maken.

Een belangrijke pijler van EMIR is het vereiste dat gestandaardiseerde OTC-derivatencontracten waarvoor de zogenaamde clearingverplichting geldt, via een zogenaamde centrale tegenpartij ('central counterparty', CCP)

1. Zie voor de definitie van 'OTC-derivatencontract' art. 2 lid 7 van Verordening (EU) 648/2012 (European Market Infrastructure Regulation, EMIR), zoals nadien enkele malen gewijzigd. Zie voor een geconsolideerde versie van EMIR: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:02012R0648-20220812.

worden afgewikkeld.² In de wereld van de OTC-derivatencontracten gaat het om duizelingwekkende transactievolumes en bedragen, die wereldwijd vele duizenden miljarden euro's bedraagt.³

Versimpeld weergegeven werkt het als volgt. De eindgebruiker van een OTC-derivatencontract heeft aanvankelijk een aanspraak op zijn dealer (vooral internationale banken). Die dealer zal in principe een aansluitende (spiegelbeeldige) transactie sluiten met een andere tegenpartij, die de transactie van zijn kant ook weer sluit door tussenkomst van een eigen dealer. Zo ontstaat er een transactieketen, waarbij de ene eindgebruiker een contract heeft met zijn dealer, die vervolgens weer een contract heeft met een andere dealer, die vervolgens weer een contract heeft met de andere eindgebruiker. Maar onmiddellijk daarna komt de CCP in beeld en neemt het contract tussen de beide dealers over. Dat wil zeggen: de ene dealer heeft niet langer een contract met de andere dealer, maar beiden verkrijgen in plaats daarvan een contract met de CCP, in ruil voor onderpand en een vergoeding. Dat heeft onder meer als voordeel dat de dealers een aanspraak verkrijgen op een entiteit die aan stringente prudentiële (bedrijfseconomische) eisen moet voldoen. Dit komt de financiële stabiliteit en de transparantie van de OTC-markt ten goede, zo is althans de gedachte.⁴ Al creëert het ook nieuwe systeemrisico's. De kans dat het gebeurt is misschien klein, maar als een CCP failliet gaat dan heeft dat ingrijpende gevolgen voor de financiële stabiliteit. Om die reden bestaat er ook een afzonderlijke verordening ter zake van herstel en afwikkeling van CCP's.⁵

Hoe dan ook, we zien hier een geval waarin een transactie tussen aanvankelijk twee banken (de dealers in bovenstaand voorbeeld) wordt vervangen door twee afzonderlijke transacties, steeds met een en dezelfde partij, de CCP. De wet (EMIR) schrijft hier voor dat beide banken (de dealers) een nieuwe wederpartij (de CCP) opgelegd krijgen, of zij dit nu leuk vinden of niet, want tussenkomst van een CCP is nu eenmaal wettelijk verplicht in de gevallen waarin de centrale clearingplicht geldt. Een vorm van contractdwang dus, al vermoed ik dat de meeste banken hiermee geen problemen zullen hebben omdat clearing via een CCP ook kosten bespaart en bovendien aansluit bij een ook voorafgaand aan EMIR al bestaand marktgebruik.⁶ Bovendien hebben de beide banken (dealers) in dit voorbeeld in theorie nog wel de vrijheid om zelf de CCP te kiezen met wie zij in zee willen gaan, maar de keuze is gelet op het gespecialiseerde karakter van dit soort transacties in de praktijk vrij beperkt, vaak zijn er de facto maar één of

2. Zie art. 4, 4 bis en art. 5 EMIR. Zie voor de definitie van 'CCP' art. 2 lid 1 EMIR.

3. Zie bis.org/statistics/derstats.htm ('OTC derivatives outstanding').

4. Zie nader Hasenpusch & Stegeman 2023; Graaf & Stegeman 2011, p. 7 e.v.

5. Zie Verordening (EU) 2021/23. Zie daarover bijv. Binder 2021; De Serièrè 2023b.

6. Zie Hasenpusch & Stegeman 2023, p. 29 e.v.

twee CCP's die in aanmerking komen. De contracteervrijheid van de beide banken wordt in ieder geval deels opgeofferd aan, zo men wil, belangen van hogere orde, te weten het waarborgen van de financiële stabiliteit en het realiseren van meer transparantie op de OTC-markt. In dit verband zij verwezen naar de considerans van EMIR:

‘Over-the-counter derivaten (“otc-derivaten”) zijn onvoldoende transparant aangezien het privaat bedongen contracten zijn en elke informatie erover meestal uitsluitend voor de contractpartijen beschikbaar is. Zij creëren een complex web van onderlinge afhankelijkheid waardoor het moeilijk kan worden om de aard en het niveau van de betrokken risico's vast te stellen. De financiële crisis heeft aangetoond dat hierdoor de onzekerheid vergroot is tijdens dat de markt onder druk staat en bijgevolg risico's voor de financiële stabiliteit ontstaan. Deze verordening stelt de voorwaarden vast voor de inperking van die risico's en de verbetering van de transparantie van de derivatencontracten.

Op de top in Pittsburgh van 26 september 2009 zijn de leiders van de G20 overeengekomen dat alle gestandaardiseerde OTC-derivatencontracten uiterlijk eind 2012 via centrale tegenpartijen (CTP's) moeten worden gecleard en dat OTC-derivatencontracten aan transactieregisters moeten worden gerapporteerd. Op de G20-top van juni 2010 in Toronto hebben de leiders hun engagement en hebben zij zich er eveneens toe verbonden om de uitvoering van krachtdadige maatregelen ter verbetering van de transparantie van en het regelgevingstoezicht op OTC-derivatencontracten op een internationaal coherente en niet-discriminatoire manier te versnellen.’⁷

5.2.2 Zachte contractdwang

Er zijn ook nog andere vormen van contractdwang te ontwaren in EMIR. Om die vormen van contractdwang goed te kunnen plaatsen moet ik eerst een aanloopje nemen. EMIR is in oktober 2019 (EMIR 2.2⁸) aldus gewijzigd dat CCP's die zijn gevestigd in landen buiten de EU (derde landen) waarvoor de Europese Commissie een zogenaamd gelijkwaardigheidsbesluit⁹ heeft

7. Zie o.v.w. (4) en (5) EMIR.

8. Verordening (EU) 2019/2099 (EMIR 2.2). Een eerste aanpassing van EMIR betrof de zogenaamde ‘EMIR refit’ die het regime verder stroomlijnde en proportioneler wilde maken (EMIR 2.1), zie Verordening (EU) 2019/834 (EMIR 2.1). Zie over EMIR 2.1 bijvoorbeeld Moloney 2023, p. 599.

9. Dit is de vaststelling van de Europese Commissie dat de regulering van en het toezicht op CCP's in het derde land gelijkwaardig is aan de regulering en het toezicht in de EU.

vastgesteld, in twee groepen moeten worden onderverdeeld: systeemrelevante CCP's (tier 2-CCP's) en niet-systeemrelevante CCP's (tier 1-CCP's).

Indien een CCP uit een derde land niet systeemrelevant is, zijn er geen aanvullende vereisten voor de erkenning door de Europese financiële markttoezichthouder (de European Securities and Markets Authority, ESMA) van een CCP in dat derde land. De CCP kan dan binnen de EU opereren op basis van naleving van de regels van het derde land waar zij gevestigd is en hoeft niet in aanvulling daarop te voldoen aan de Europese regels uit hoofde van EMIR.¹⁰

Dit is anders zodra ESMA van oordeel is dat een CCP uit een derde land systeemrelevant is of zal worden. In dat geval moet de CCP aan aanvullende vereisten voldoen om in de EU haar activiteiten te mogen starten of voort te zetten, waaronder de naleving van de strenge prudentiële (bedrijfseconomische) EMIR-vereisten die ook van toepassing zijn op in de EU gevestigde CCP's.¹¹

ESMA is belast met het toezicht op de voortdurende naleving van deze EMIR-vereisten door systeemrelevante CCP's.¹² Zodra een CCP uit een derde land naar het oordeel van de ESMA zo systeemrelevant wordt dat zelfs de naleving van de prudentiële EMIR-bepalingen ontoereikend is, kan ESMA (in overleg met de betrokken centrale banken) de Europese Commissie adviseren een besluit te nemen dat de CCP uit een derde land niet langer in de EU actief mag zijn.¹³

De EMIR 2.2-hervormingen vormen een direct antwoord op de Brexit, want juist het VK is de thuishaven van de twee grootste CCP's in Europa. Doordat het VK de EU heeft verlaten, heeft de EU geen enkele invloed meer op de CCP's die daar gevestigd zijn, wat door de EU als een risico voor de financiële stabiliteit wordt beschouwd. De exacte norm die ESMA moet toepassen om te beoordelen of een CCP uit een derde land systeemrelevant is of zal worden, wordt gespecificeerd in de uitvoeringsregels.¹⁴

10. Art. 25(2) EMIR.

11. Art. 25(2b) EMIR. Volledigheidshalve merk ik op dat art. 25a EMIR bepaalt dat een tier-2 CCP kan worden geacht te voldoen aan de EMIR-vereisten door naleving van het wettelijk kader in het derde land als de CCP daartoe een gemotiveerd verzoek indient bij ESMA en ESMA vervolgens tot het oordeel komt dat sprake is van 'comparable compliance'. Zie ook Gedelegeerde Verordening 2020/1304, die de elementen bevat die ESMA in ieder geval moet bekijken in haar beoordeling of sprake is van comparable compliance, alsmede de modaliteiten en voorwaarden van die beoordeling.

12. Art. 25b EMIR.

13. Art. 25(2c) EMIR. Zie over EMIR 2.2 bijv. Moloney 2023, p. 888-893.

14. Gedelegeerde Verordening (EU) 2020/1303.

In het erkenningsbesluit van ESMA ter zake van de drie Britse CCP's¹⁵ wordt – naar aanleiding van een eerder tijdelijk gelijkwaardigheidsbesluit van de Europese Commissie voor in het VK gevestigde CCP's¹⁶ – vermeld hoe zij zijn ingedeeld. LME Clear Limited is geclassificeerd als een tier 1-CCP en is daarom niet systeemrelevant, maar ICE Clear Europe Limited en LCH Limited zijn beide geclassificeerd als tier 2-CCP's en zijn dus wél systeemrelevant.

ESMA heeft de Europese Commissie echter niet geadviseerd dat deze systeemrelevante CCP's niet langer actief mogen zijn in de Unie. In ieder geval 'op dit moment niet'. In plaats daarvan adviseerde ESMA om de risico's op alternatieve manieren te beperken.¹⁷ In lijn met dit advies heeft de Europese Commissie het tijdelijke gelijkwaardigheidsbesluit betreffende het kader voor CCP's in het VK verlengd, waardoor het nu afloopt op 30 juni 2025. Tegelijkertijd heeft de Commissie in de considerans van de verlenging van dit tijdelijke gelijkwaardigheidsbesluit uitdrukkelijk te kennen gegeven dat clearingleden uit de EU (onder wie de Europese banken) momenteel te sterk afhankelijk zijn van diensten van CCP's uit het VK, en dat dit nog steeds risico's inhoudt voor de financiële stabiliteit van de EU en voor de transmissie en het voeren van monetair beleid van de EU, met name in stresssituaties. Daarom moeten blootstellingen aan CCP's uit het VK die systeemrelevant zijn voor de EU, en met name blootstellingen aan OTC-derivatencontracten die in euro en andere Unievaluta luiden, verder worden afgebouwd, aldus de Europese Commissie. De looptijd van het verlengde tijdelijke gelijkwaardigheidsbesluit is daarbij aldus gekozen dat de EU voldoende tijd heeft om zelf voldoende clearingcapaciteit op te bouwen.¹⁸

Kortom, de Commissie past hier een vorm van zachte contractdwang toe, andermaal omwille van de financiële stabiliteit. Immers, de Europese Commissie roept clearingleden gevestigd in de EU (waaronder de Europese banken) op om hun banden met CCP's gevestigd in het VK in ieder geval deels te verbreken en in plaats daarvan in zee te gaan met CCP's gevestigd binnen de Unie. Het eerste zou ik willen typeren als een zachte beëindigingsplicht, het tweede kan worden aangemerkt als een vorm van zachte contractdwang.

15. *ESMA to recognise three UK CCPS from 1 January 2021* (28 September 2020) (ESMA77-99-1403).

16. Uitvoeringsbesluit (EU) 2020/1308.

17. *ESMA concludes Tier 2 CCP assessment under Article 25(2c) of EMIR* (17 December 2021) (ESMA91-372-1913).

18. Uitvoeringsbesluit (EU) 2022/174, ovw. (18)-(20).

5.2.3 Dubbele contractdwang

Maar zachte contractdwang is eigenlijk geen contractdwang omdat een keiharde juridische verplichting om in zee te gaan met CCP's gevestigd binnen de EU nu eenmaal ontbreekt. Dat is natuurlijk juist maar in de praktijk vermoedelijk minder relevant. De financiële toezichthouders hebben deze boodschap van de Commissie natuurlijk ook gehoord en zullen er in hun toezicht op clearingleden zoals Europese banken ongetwijfeld op aandringen al te grote blootstellingen aan Britse CCP's af te bouwen en in plaats daarvan in zee te gaan met CCP's gevestigd binnen de EU. De dwang is in juridisch opzicht dus weliswaar niet keihard, maar niettemin reëel.

Dit is evenwel nog niet het einde van dit verhaal. In december 2022 heeft de Commissie verdere wijzigingen van EMIR (EMIR 3.0) voorgesteld.¹⁹ Het voorstel vereist dat alle clearingleden gevestigd in de EU (waaronder de Europese banken) in de EU actieve rekeningen aanhouden bij CCP's gevestigd in de EU voor de clearing (afwikkeling) van ten minste een deel van bepaalde OTC-derivatencontracten die als systeemrelevant worden aangemerkt.²⁰ De exacte verhouding en de berekeningsmethode zullen worden gespecificeerd in uitvoeringsregels.²¹

Kortom, als dit voorstel de eindstreep haalt, ontstaat er voor de Europese banken en andere clearingleden gevestigd in de EU een aanvullende vorm van contractdwang. Dubbele contractdwang eigenlijk. Ten eerste krijgen zij nu eenmaal een CCP opgedrongen als wederpartij ook als zij dat niet willen (zie par. 5.2.1, hierboven). Ten tweede zijn zij straks ook niet meer volledig vrij om de CCP uit te kiezen met wie zij het liefst zaken willen doen. Want voor althans een deel van hun transacties in bepaalde systeemrelevante derivaten worden zij straks wellicht gedwongen een CCP uit te kiezen die in de EU is gevestigd. Al geef ik onmiddellijk toe dat er nog wel een zekere keuzevrijheid blijft bestaan als er in de EU twee of meer CCP's te vinden zijn die als CCP willen en kunnen optreden bij dit type derivatencontracten, al zal het in deze specialistische tak van sport nu of in de toekomst ongetwijfeld ook voorkomen dat er al met al slechts één CCP in de EU te vinden is die dit kan en wil doen. We hebben hier dus minst genomen van doen met een nadere beperking van de contracteervrijheid ter nadere waarborging van de financiële stabiliteit. Men zou enigszins ongenuanceerd wellicht ook kunnen beargumenteren dat de in EMIR 3.0

19. COM/2022/697 def., (EMIR 3.0).

20. Te weten: (a) in euro en Poolse zloty luidende rentederivaten; (b) in euro luidende credit default swaps (CDS); (c) in euro luidende Short-Term Interest Rate Derivatives (STIR). Zie Art. 7a (2) EMIR 3.0.

21. Art. 7a (5) EMIR 3.0.

voorgestelde vorm van contractdwang (althans beperking van de contracteervrijheid) er in elk geval mede toe strekt de Britten te ‘straffen’ voor hun vertrek uit de EU (geopolitiek) en tegelijkertijd marktaandeel te veroveren in een lucratieve tak van sport (industriepolitiek²²).

5.3 Contractdwang & kritieke aanbieders van ICT-diensten aan financiële entiteiten

5.3.1 Algemeen

Een tweede geval van contractdwang omwille van de financiële stabiliteit is te vinden in de recent aangenomen Europese Digital Operational Resilience Act (DORA) (van toepassing vanaf 17 januari 2025).²³ Om dit geval van contractdwang goed te kunnen plaatsen is het noodzakelijk eerst enkele algemene opmerkingen over DORA te maken.

DORA biedt een specifiek normenkader om ICT-risico's in de financiële sector beter beheersbaar te maken. Dat is nieuw. Op dit moment komt de beheersing van ICT-risico's in de financiële toezichtregels nog onvoldoende uit de verf. De vereisten lopen nu uiteen voor verschillende typen financiële instellingen, zijn soms zeer beperkt of slechts impliciet (als onderdeel van het beheren van het operationele risico). Is dat erg? Ja, want er is een ware digitale revolutie gaande in de financiële dienstverlening. Dit heeft geleid tot een ongeëvenaard gebruik van ICT-diensten, denk bijvoorbeeld aan betalingstransacties langs digitale weg, beleggingsapps, crowdfunding, handel in cryptoassets en computergestuurde handel in effecten ('high frequency trading' oftewel flitshandel). Hierdoor is de financiële sector in sneltreinvaart in verregaande mate afhankelijk geworden van een beperkt aantal zeer grote ICT-dienstverleners, ook wel aangeduid als 'BigTechs'. Als dit soort kritieke derde aanbieders van ICT-diensten worden getroffen door operationele verstoringen of belangrijke cyberincidenten, vormt dit een risico voor de financiële stabiliteit.²⁴ De considerans schetst het volgende doemscenario, dat niet eens zo heel erg irreëel klinkt:

'Cyberincidenten kunnen zich bij uitstek veel sneller in het gehele financiële stelsel vermenigvuldigen en zich daarin in een aanzienlijk sneller tempo verspreiden dan andere soorten risico's die in de financiële sector worden gemonitord. Ook kunnen cyberincidenten zich over meerdere sectoren en over geografische grenzen heen

22. Vgl. Bokman & Van Leeuwen 2023.

23. Verordening (EU) 2022/2554 (DORA). Zie art. 64 DORA voor de datum waarop zij van toepassing wordt. Zie nader over DORA bijv. Van Rijn 2022; Christianen 2023. Zie ook de bijdragen aan FR 2023/5 (DORA-special).

24. Zie (onder meer) ovw. (1)-(12), (79) DORA.

uitstrekken. Zij kunnen uitgroeien tot een systemische crisis waarin het vertrouwen in het financiële stelsel wordt uitgehold door de versterking van functies die de reële economie ondersteunen, of door aanzienlijke financiële verliezen die een niveau kunnen bereiken waar het financiële stelsel niet tegen bestand is of waarvoor zware maatregelen ter schokabsorptie moeten worden genomen.²⁵

DORA strekt ertoe dit soort scenario's zoveel mogelijk te voorkomen.²⁶ Hiertoe onderwerpt DORA 'financiële entiteiten' aan vereisten met betrekking tot (i) het risicobeheer op ICT-gebied; (ii) de melding van ernstige ICT-gerelateerde incidenten en, op vrijwillige basis, van significante cyberdreigingen aan toezichthouders; (iii) de melding van ernstige betalingsgerelateerde operationele of beveiligingsincidenten aan de toezichthouders door onder meer banken en betaalinstellingen; (iv) het testen van de digitale operationele weerbaarheid; (v) de uitwisseling van informatie en inlichtingen met betrekking tot cyberdreigingen en -kwetsbaarheden; (vi) maatregelen voor het goede beheer van het ICT-risico van derde aanbieders.²⁷

'Financiële entiteiten' zoals bedoeld in DORA omvat de meeste gereuleerde financiële instellingen, zoals (a) banken, (b) betaalinstellingen, (c) aanbieders van rekeninginformatiediensten, (d) instellingen voor elektronisch geld, (e) beleggingsondernemingen, (f) aanbieders van cryptoactivadiensten, (g) central counterparties (CCP's), (h) handelsplatformen (i.e. gereguleerde markten, multilaterale handelsfaciliteiten en georganiseerde handelsfaciliteiten), (i) verzekeraars, (j) verzekeringstussenpersonen, (k) pensioenfondsen, (l) beheerders van beleggingsinstellingen, en (m) aanbieders van crowdfundingdiensten.²⁸

DORA stelt verder (1) dwingende eisen aan de contracten tussen aanbieders van ICT-diensten en financiële entiteiten; (2) regels voor de vaststelling en het beheren van het zogenaamde oversightkader ('Oversight Framework') voor kritieke derde aanbieders van ICT-diensten bij het verlenen van diensten aan financiële entiteiten (kritieke ICT-dienstverleners); (3) regels inzake samenwerking tussen toezichthouders en regels inzake toezicht en

25. Ovw. (79) DORA.

26. Ovw. (79), *in fine*, DORA. Art. 1(1), aanhef, DORA formuleert het zo: 'Om een hoog gemeenschappelijk niveau van digitale operationele weerbaarheid te bereiken, worden in deze verordening uniforme vereisten vastgesteld met betrekking tot de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen ter ondersteuning van bedrijfsprocessen van financiële entiteiten [...]'.²⁷

27. Art. 1(1)(a) DORA.

28. Zie voor de complete lijst van 'financiële entiteiten' die onder de reikwijdte van DORA vallen: art. 2(1)(a)-(t) DORA. Het bereik is evenwel breder dan enkel financiële entiteiten, want derden die ICT-diensten aanbieden aan financiële entiteiten vallen ook onder DORA, zie art. 2(1)(u) DORA.

handhaving door bevoegde autoriteiten met betrekking tot alle aangelegenheden die onder DORA vallen.²⁹

Het toezicht op de naleving van DORA door financiële entiteiten komt in handen van de financiële toezichthouders, in Nederland zijn dat de AFM en DNB.³⁰ Voor de Nederlandse grootbanken geldt echter dat het toezicht in handen komt van de Europese Centrale Bank (ECB).³¹

5.3.2 Het Oversight Framework

Voor een goed begrip van het hierna te bespreken geval van contractdwang is het noodzakelijk dat we eerst inzoomen op het zogenaamde ‘Oversight Framework’ voor kritieke ICT-dienstverleners (dat in de vorige paragraaf in de op een na laatste alinea al werd genoemd).³² De Europese financiële toezichthouders ESMA, EBA³³ en EIOPA³⁴ (ook: de ESA’s³⁵) wijzen gezamenlijk ICT-dienstverleners aan die cruciaal zijn voor financiële entiteiten. Vanaf dat moment hebben zij te gelden als kritieke ICT-dienstverleners.³⁶

Deze aanwijzing is gebaseerd op onder meer een beoordeling van (a) de systemische effecten op de stabiliteit, continuïteit of kwaliteit van de financiële dienstverlening als de ICT-dienstverlener te maken krijgt met een grootschalige operationele verstoring van de dienstverlening, en (b) het

29. Art. 1(1)(b)-(d) DORA.

30. Zie art. 46 DORA (bevoegde autoriteiten). Hierbij geldt dat per type financiële entiteit ofwel DNB toezicht houdt op de naleving van DORA, ofwel de AFM, al naar gelang welke toezichthouder de vergunning aan de financiële entiteit heeft verleend en verantwoordelijk is voor het toezicht op de beheerste en integere bedrijfsvoering van de financiële entiteit. Zie nader Van Rijn 2022, p. 30.

31. Zie art. 46, aanhef en onder (a) DORA. Sommige zeer gespecialiseerde financiële instellingen zoals ratingbureaus (credit rating agencies) staan onder rechtstreeks toezicht van ESMA. In die gevallen ziet ESMA toe op de naleving van DORA.

32. Art. 31-44 DORA.

33. ‘EBA’ staat voor ‘European Banking Authority’. Verwarrend genoeg is dit niet de Europese toezichthouder die rechtstreeks toezicht houdt op de Europese grootbanken, want dat toezicht wordt uitgeoefend door de ECB. EBA vervult wel een belangrijke rol bij het opstellen van allerlei uitvoeringsregelingen die (onder meer) banken moeten naleven.

34. ‘EIOPA’ staat voor ‘European Insurance and Occupational Pensions Authority’. EIOPA houdt geen rechtstreeks toezicht op verzekeraars en pensioenfondsen, in Nederland doen de AFM en DNB dat. EIOPA vervult wel (net als EBA) een belangrijke rol bij het opstellen van allerlei uitvoeringsregelingen die (vooral) verzekeraars moeten naleven.

35. ‘ESA’ staat voor ‘European Supervisory Authority’.

36. Art. 31(1)(a) DORA. Zie 31(8) DORA voor derde aanbieders van ICT-diensten die zijn vrijgesteld van aanwijzing.

systemische karakter of belang van de financiële entiteiten die afhankelijk zijn van de betrokken ICT-dienstverlener.³⁷

Als een ICT-dienstverlener eenmaal als kritiek is aangewezen, moeten de gezamenlijke ESA's een zogenaamde 'Lead Overseer' benoemen voor elke kritieke ICT-dienstverlener. De Lead Overseer is steeds ESMA, EBA of EIOPA, al naar gelang de kritieke ICT-dienstverlener vooral diensten verleent aan financiële entiteiten waarvoor ESMA, EBA of EIOPA verantwoordelijk is.³⁸ Kortom, de kritieke ICT-dienstverlener komt dan onder rechtstreeks toezicht te staan van een Europese financiële toezichthouder. Dit is volstrekt nieuw. Het is de eerste keer dat een onderneming die geen financiële instelling is onder financieel toezicht wordt geplaatst.

5.3.3 Contractdwang

Dit brengt mij bij mijn tweede voorbeeld van contractdwang ter waarborging van de financiële stabiliteit. DORA schrijft voor dat financiële entiteiten alleen gebruik mogen maken van de diensten van een buiten de EU gevestigde ICT-dienstverlener die als cruciaal (kritiek) is aangewezen als deze ICT-dienstverlener binnen de twaalf maanden na de aanwijzing een dochteronderneming in de EU heeft gevestigd.³⁹

Financiële entiteiten mogen dus geen ICT-diensten afnemen van een buiten de EU gevestigde kritieke ICT-dienstverlener die niet binnen de voorgeschreven termijn een dochteronderneming in de EU heeft gevestigd.

Voor financiële entiteiten die al gebruikmaakten van de diensten van een ICT-dienstverlener voordat deze als kritiek werd aangewezen, en die niet binnen de voorgeschreven termijn een dochteronderneming in de EU heeft gevestigd, impliceert dit dat zij de contractuele relatie met die dienstverlener zullen moeten beëindigen (beëindigingsplicht⁴⁰).

37. Zie voor de volledige lijst met aan te leggen criteria art. 31(2) DORA. Als de ICT-dienstverlener tot een groep behoort, wordt bij de toepassing van deze criteria gekeken naar de ICT-diensten die door de groep als geheel worden verleend, zie art. 31(3) DORA. Deze criteria worden verder uitgewerkt in uitvoeringsregels, zie art. 31(6) DORA. Op 26 mei 2023 publiceerden de ESA's een gezamenlijk discussion paper ter zake van deze uitvoeringsregels: JC SC DOR-23-5.

38. De te benoemen ESA is de ESA die verantwoordelijk is 'voor de financiële entiteiten die samen over het grootste aandeel van de totale activa beschikken ten opzichte van de waarde van de totale activa van alle financiële entiteiten die gebruikmaken van de diensten van de betrokken kritieke derde aanbieder van ICT-diensten, zoals resulteert uit de som van de individuele balansen van die financiële entiteiten'. Zie art. 31(1)(b) DORA.

39. Art. 31(12) DORA.

40. Een beëindigingsplicht geldt ook in het volgende geval. Als een kritieke ICT-dienstverlener zich verzet tegen een inspectie door de Lead Overseer, dan kan de bevoegde (na-

Als een dergelijke kritieke derde aanbieder van ICT-diensten een financiële entiteit benadert om een contractuele relatie met hem aan te gaan, impliceert dit dat de financiële entiteit dit zal moeten weigeren (weigeringsplicht).

Tot slot impliceert dit voorschrift een zekere mate van contractdwang. De financiële entiteit heeft in theorie natuurlijk nog de nodige keuzevrijheid, want hij kan zelfs in zee gaan met een kritieke ICT-dienstverlener die buiten de EU is gevestigd, zolang die partij maar geen kritieke ICT-dienstverlener is die onwillig is om binnen de twaalf maanden nadat hij als kritiek is aangewezen een dochteronderneming in de EU te vestigen. Misschien valt er in de praktijk dan nog best wel wat te kiezen, in welk geval het met de mate van contractdwang wel meevalt. Maar het zou ook goed kunnen dat er dan nog maar een of twee partijen overblijven die kunnen bieden wat de financiële entiteit nodig heeft op het vlak van ICT-diensten. Hoe dan ook, we hebben ook hier minst genomen van doen met een beperking van de contracteervrijheid omwille van de financiële stabiliteit.

Waarom is het volgens de Europese wetgever nu zo erg als een financiële entiteit ICT-diensten betreft van een kritieke ICT-dienstverlener gevestigd buiten de EU die weigert om (binnen de voorgeschreven termijn) een dochteronderneming in de EU te vestigen? De crux is dat de EU dit soort derde kritieke aanbieders van ICT-diensten dan niet ter verantwoording kan roepen omdat zij zich volledig buiten haar jurisdictie bevinden. Dit wordt door de EU als een risico voor de financiële stabiliteit beschouwd. Als een kritieke aanbieder van ICT-diensten een dochteronderneming in de EU heeft gevestigd ligt dit anders. Die dochter kan dan (eventueel naast de moeder) partij worden bij het ICT-contract met financiële entiteiten. Langs die weg kan de ESA die als Lead Overseer is benoemd de dochter ter verantwoording roepen en bijvoorbeeld dwangsommen opleggen aan het adres van de dochter als DORA niet wordt nageleefd.⁴¹

tionale) financiële toezichthouder financiële entiteiten verplichten niet langer diensten af te nemen van die kritieke ICT-dienstverlener. Zie art. 39 lid 7 DORA. Dit kan een kritieke ICT-dienstverlener zijn die in de EU is gevestigd dan wel een kritieke ICT-dienstverlener met een dochteronderneming in de Unie.

41. Zie ovw. (80) en (81) DORA. Ovw. (82) DORA bepaalt nog dat de eis om een dochteronderneming op te richten in de EU de kritieke ICT-dienstverlener niet mag beletten ICT-diensten en de daarmee verband houdende technische ondersteuning te verlenen vanuit faciliteiten en infrastructuur die zich buiten de EU bevinden. Ik neem aan dat het voorgaande allemaal gaat om de dienstverlening in feitelijke zin. In juridische zin zal toch (in elk geval mede) de Europese dochter als dienstverlener en contractpartij moeten gelden, anders wordt het voor de Lead Overseer lastig om de dochter aan te spreken op een schending van DORA. De dochter zou dan immers als verweer kunnen voeren geen contractpartij te zijn en de Lead Overseer bij schendingen van DORA kunnen doorverwijzen naar de buiten de EU gevestigde moeder.

5.3.4 Verdere inperkingen van de contractvrijheid?

Tot slot is vermeldenswaardig dat de considerans van DORA expliciet aandacht besteedt aan de verhouding tussen contractvrijheid en financiële stabiliteit:

‘Om de systemische impact van het risico van concentratie van ICT-derden te beperken, wordt in deze verordening een evenwichtige aanpak bepleit door middel van een flexibele en geleidelijke aanpak van zulk concentratierisico. Het opleggen van onwrikbare risicoplafonds of strikte beperkingen zou immers de bedrijfsvoering kunnen belemmeren *en de contractvrijheid kunnen beperken* [curs. DB]. Financiële entiteiten moeten de contractuele overeenkomsten die zij willen sluiten, grondig onderzoeken om na te gaan hoe groot de kans is dat een dergelijk risico zich zal voordoen, onder meer door overeenkomsten tot onderaanbesteding onder de loop te nemen, met name indien die worden gesloten met derde aanbieders van ICT-diensten die in een derde land zijn gevestigd. *Ten behoeve van een billijk evenwicht tussen contractuele vrijheid en financiële stabiliteit wordt het op dit ogenblik niet wenselijk geacht te voorzien in regels betreffende strikte plafonds voor en beperkingen van ICT-blootstellingen aan derden* [curs. DB].

Een lead overseer die conform deze verordening wordt aangewezen, moet in het kader van het oversightkader bijzondere aandacht schenken aan kritieke derde aanbieders van ICT-diensten en dient een volledig beeld te krijgen van de omvang van onderlinge afhankelijkheden, specifieke gevallen aan het licht te brengen waarin een hoge mate van concentratie van kritieke derde aanbieders van ICT-diensten in de Unie waarschijnlijk de stabiliteit en integriteit van het financiële stelsel van de Unie onder druk zal zetten, en, wanneer zo’n specifiek risico wordt ontdekt, in dialoog treden met de betrokken kritieke derde aanbieders van ICT-diensten.’⁴²

Uit het bovenstaande citaat blijkt dat ten behoeve van een billijk evenwicht tussen contractuele vrijheid en financiële stabiliteit het ‘op dit ogenblik’ niet wenselijk wordt geacht te voorzien in regels betreffende strikte plafonds voor en beperkingen van ICT-blootstellingen aan derden. Kortom, als op enig moment na het van toepassing worden van DORA zou blijken dat de huidige regeling de financiële stabiliteit toch niet in voldoende mate kan

42. Zie ovw. (80) en (81) DORA.

waarborgen (daarvoor is maar één impactvol ICT-incident nodig), is het niet ondenkbaar dat de contractvrijheid verder aan banden wordt gelegd.⁴³

5.4 Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie

5.4.1 Legitimiteit

In dit hoofdstuk zijn gevallen besproken waarin de contractvrijheid van financiële instellingen deels moet wijken voor overwegingen van financiële stabiliteit. In het recente verleden hebben we kunnen zien wat er gebeurt als de financiële stabiliteit in het geding is en de financiële sector in crisis belandt. Banken en andere financiële instellingen gaan failliet, beleggingen verdampen, pensioenen worden gekort en het is voor zowel particulieren als ondernemingen moeilijker om een lening te krijgen.⁴⁴ Kortom, een inperking van de contractvrijheid omwille van de financiële stabiliteit zullen de meesten van ons vermoedelijk wel beschouwen als een legitiem doel.

5.4.2 Proportionaliteit

De in dit hoofdstuk behandelde inperkingen van de contractvrijheid lijken mij in beginsel ook proportioneel. Het is lastig te bedenken hoe een vergelijkbaar resultaat zou kunnen worden bereikt met minder vergaande inperkingen van de contractvrijheid van financiële instellingen.

Op één punt heb ik evenwel enige aarzeling. Het recente voorstel van de Europese Commissie vereist dat alle clearingleden gevestigd in de EU (waaronder de Europese banken) in de EU actieve rekeningen aanhouden bij CCP's gevestigd in de EU voor de clearing (afwikkeling) van ten minste een deel van bepaalde OTC-derivatencontracten die als systeemrelevant worden aangemerkt. Voor althans een deel van hun transacties in bepaalde systeemrelevante derivaten worden zij straks gedwongen een CCP uit te kiezen die in de EU is gevestigd. Kortom, een nadere inperking van de contracteervrijheid ter nadere waarborging van de financiële stabiliteit. Dat is althans de officiële reden. Het is evenwel niet ondenkbaar dat de in EMIR 3.0 voorgestelde vorm van contractdwang (althans beperking van de contracteervrijheid) er (enigszins ongenueanceerd gesteld) in ieder geval mede toe strekt de Britten te 'straffen' voor hun vertrek uit de EU (geopolitiek) en tegelijkertijd marktaandeel te veroveren in een lucratieve tak van sport (industriepolitiek⁴⁵). Als deze twee redenen de werkelijke drijfveren vormen, zou beargumenteerd kunnen worden dat de inperking van de

43. Vanaf 17 januari 2028 zal de Europese Commissie DORA evalueren, zie art. 58 (Evaluatieclausule).

44. Zie bijv. Arner e.a. 2019.

45. Vgl. Bokman & Van Leeuwen 2023.

contractvrijheid hier geen legitiem doel dient en dus per definitie disproportioneel is. Men zou evenwel ook kunnen beargumenteren dat geopolitiek en industriepolitiek anno 2023 nu eenmaal een realiteit zijn, en er daarom al met al toch sprake is van legitieme doelen, die men in dit geval bovendien met een proportionele inbreuk op de contractvrijheid tracht te realiseren, omdat immers niet alle derivaten straks via een CCP in de EU moet worden aangehouden, maar enkel de systeemrelevante derivaten en dan nog maar een deel van die transacties.

5.4.3 Consistentie

Dan het evaluatiecriterium van consistentie. Wat we in dit hoofdstuk hebben gezien is dat bepaalde financiële stabiliteitsrisico's als zo prangend worden ervaren dat dit moet resulteren in contractdwang, althans maatregelen die daarbij dicht in de buurt komen. In zoverre is sprake van consistentie. Ongetwijfeld duiken er op termijn weer nieuwe financiële stabiliteitsrisico's op waarvan wij als samenleving vinden dat die zoveel mogelijk voorkomen moeten worden. Alsdan moet worden bezien in hoeverre het geïndiceerd is de ingezette lijn door te trekken ter voorkoming van die nieuwe financiële stabiliteitsrisico's of dat ter zake van die nieuwe risico's een andere aanpak effectiever is. Of die andere aanpak dan inconsistent is met de in dit hoofdstuk besproken inperkingen van de contractvrijheid valt eigenlijk niet in abstracto te bepalen, dat zal mede afhangen van de aard van die nieuwe financiële stabiliteitsrisico's.

5.4.4 Tot slot

Tot slot: we moeten niet vreemd opkijken als de contractvrijheid van financiële instellingen de komende jaren verder wordt ingeperkt omwille van de financiële stabiliteit en/of omwille van geopolitieke/industriepolitieke redenen. De Europese Commissie zal vermoedelijk zonder blikken of blozen nieuwe maatregelen voorstellen die de contractvrijheid van financiële instellingen verder beknotten als dit volgens haar bevorderlijk is voor de financiële stabiliteit dan wel daarvoor goede geopolitieke en/of industriepolitieke gronden bestaan. Nadere inperkingen van de contractvrijheid zijn bijvoorbeeld goed denkbaar als zich op enig moment een nieuwe financiële crisis voordoet in Europa, want meestal vormt dit het startschot voor meer en strengere regels voor de financiële sector. Maar ook verder oplopende geopolitieke spanning kan aanleiding geven tot een nadere inperking van de contractvrijheid, al dan niet onder het mom van financiële stabiliteit.

Hoofdstuk 6

Beperking van de contractvrijheid & de inhoud van het contract

6.1 Inleiding

In de vorige vier hoofdstukken is duidelijk geworden dat de vrijheid van banken en andere financiële instellingen om zelf te bepalen of zij al of niet een contract aangaan, in diverse opzichten is ingeperkt. Ook als een financiële instelling op zichzelf genomen graag in zee *wil* gaan met een bepaalde partij, en ook in zee *mag* gaan met die partij, gelden er nog allereerste beperkingen. De vrijheid om de contractinhoud te bepalen is voor financiële instellingen immers langs diverse wegen en om verschillende redenen aan banden gelegd. In dit hoofdstuk worden enkele in het oog springende tendensen en ontwikkelingen besproken.

6.2 Gedetailleerde wettelijke regels

6.2.1 Wettelijke eisen aan de contractinhoud & de zwakkere partij

Ten eerste wordt de inhoud van veel bancaire en andere financiële contracten in toenemende mate beheerst door gedetailleerde wettelijke gedragsregels. Die regels zijn (normaal gesproken) van dwingend recht en schrijven voor wat er moet worden opgenomen in het contract en wat juist achterwege moet worden gelaten. Veelal zijn deze regels opgenomen in het financieel toezichtrecht, maar in bepaalde gevallen zijn zij ook te vinden in het Burgerlijk Wetboek (BW). Zij strekken ertoe de als zwakkere partij beschouwde klant of andere wederpartij van de financiële instelling te beschermen. Als de gedragsregels zijn opgenomen in het BW is veelal bepaald dat daarvan niet ten nadele van de wederpartij van de bank of andere financiële instelling kan worden geweken.¹

De archetypische zwakkere partij is natuurlijk de consument/particuliere belegger, maar de bescherming wordt in toenemende mate breder getrokken. Ook mkb-bedrijven worden steeds vaker beschermd door wettelijke gedragsregels. In hoofdstuk 2 is die tendens al beschreven in relatie tot weigeringsplichten omwille van bescherming van de zwakkere partij, als-

1. Zie bijvoorbeeld voor (i) consumptief krediet art. 7:83 BW, (ii) voor hypothecair krediet aan consumenten art. 7:128c BW, en (iii) voor betaaldienstverlening art. 7:550 lid 1 BW.

mede in relatie tot precontractuele informatieplichten en ken-uw-cliënt-regels. In relatie tot de wettelijke gedragsregels die de inhoud van bancaire en andere financiële contracten reguleren zien we dezelfde tendens.²

Een inhoudelijke bespreking van de eisen die de gedetailleerde wettelijke gedragsregels stellen aan de inhoud van allerhande bancaire en andere financiële contracten omwille van de bescherming van de zwakkere partij (of die nu zijn opgenomen in het toezichtrecht en/of in het BW of in nog weer andere regelingen), blijft in dit preadvies achterwege. Ik volsta ermee te constateren dat gedetailleerde wettelijke gedragsregels eisen stellen aan de inhoud van bijvoorbeeld overeenkomsten van beleggingsdienstverlening, crowdfundingdienstverlening, cryptoactivadienstverlening, consumptief krediet en hypothecair krediet aan consumenten, alsmede aan de inhoud van overeenkomsten ter zake van betaaldiensten. Voor een inhoudelijke bespreking van deze gedragsregels verwijs ik naar de hierover verschenen naslagwerken (zie voetnoot).³

2. Zie de definitie van ‘professionele belegger’ en de definitie van ‘niet-professionele belegger’ en diverse bepalingen in Afdeling 4.2.3 (Zorgvuldige dienstverlening) Wft. Deze bepalingen zijn deels nader uitgewerkt in gedetailleerde uitvoeringsregels, deels in hfdst. 8 van het Bgfo, maar ook in rechtstreeks werkende Europese uitvoeringsverordeningen, zoals Gedelegeerde Verordening 2017/565.
3. Zie voor de overeenkomst van beleggingsdienstverlening diverse bepalingen in Afdeling 4.2.3 (Zorgvuldige dienstverlening) Wft. Deze bepalingen zijn deels nader uitgewerkt in gedetailleerde uitvoeringsregels, deels in hfdst. 8 van het Bgfo, maar ook in rechtstreeks werkende Europese uitvoeringsverordeningen, in het bijzonder Gedelegeerde Verordening 2017/565. Zie nader de hoofdstukken opgenomen in Deel IVB – Gedragstoezicht (omgang met cliënten) van Busch & Lieverse 2019; hfdst. III en V Busch 2014. Zie voor crowdfundingdienstverleners vooral hfdst. IV (beleggersbescherming), maar ook hfdst. II (verlening van crowdfundingdiensten en organisatorische en operationele vereisten voor crowdfundingdienstverleners) van Verordening (EU) 2020/1503 (Crowdfundingverordening). Zie nader de hoofdstukken opgenomen in de delen III en V van Ortelani & Louisse 2021. Zie voor aanbieders van cryptoactivadiensten Titel V, hfdst. 2 (Verplichtingen voor alle aanbieders van cryptoactivadiensten) en 3 (Verplichtingen met betrekking tot specifieke cryptoactivadiensten) van Verordening (EU) 2023/1114 (Markets in Crypto Assets Regulation, MiCAR). MiCAR is nu nog niet van toepassing, maar zal voor een belangrijk deel al van toepassing zijn vanaf 30 december 2024. Zie voor consumptief en hypothecair krediet enerzijds (i) diverse bepalingen in Afdeling 4.2.3 (Zorgvuldige dienstverlening) Wft (consumptief krediet en hypothecair krediet), deels nader uitgewerkt in gedetailleerde uitvoeringsregels, opgenomen in hfdst. 8 van het Bgfo, zie anderzijds (ii) art. 7:57-7:83 BW (consumptief krediet) en 7:118-7:128c BW (hypothecair krediet aan consumenten). De bepalingen inzake consumptief krediet vormen de implementatie van de Richtlijn consumentenkrediet (Richtlijn 2008/48/EG). De bepalingen inzake hypothecaire krediet vormen de implementatie van de Richtlijn hypothecair krediet (Richtlijn 2014/17/EU). Zie over de Nederlandse implementatie van de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn hypothecair krediet bijv. Van Poelgeest 2020 (behandeling van zowel de implementatie in het BW als in de Wft en de lagere regelgeving); Biemans & Van Schaick 2021, hfdst. 2 en 6 (behandeling implementatie in het BW). Ook de Richtlijn betaaldiensten II (Richtlijn (EU) 2015/2366) is deels geïmplementeerd in de Wft en uitvoeringsregels, en deels in Boek 7 BW. Zie bijv. Van Esch

Een (tweede) ontwikkeling die ik op deze plaats wél bespreek, is dat wij de laatste tijd steeds vaker zien in de financiële sector 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. Ik geef twee voorbeelden.

6.2.2 Wettelijke eisen aan de contractinhoud & financiële stabiliteit

6.2.2.1 Algemeen

In het vorige hoofdstuk is al besproken dat de Europese Digital Operational Resilience Act (DORA) (van toepassing vanaf 17 januari 2025) voorziet in een specifiek normenkader om ICT-risico's in de financiële sector beter beheersbaar te maken en zo de financiële stabiliteit beter te waarborgen.⁴ We zagen toen dat DORA in bepaalde gevallen tot (een zekere mate van) contractdwang kan leiden. In het kader van het huidige hoofdstuk is DORA ook interessant, omdat zij dwingende eisen stelt aan de inhoud van de contracten tussen aanbieders van ICT-diensten en 'financiële entiteiten' (zoals bijvoorbeeld banken).⁵

Zoals al eerder werd opgemerkt, is er een ware digitale revolutie gaande in de financiële dienstverlening, waardoor de financiële sector in verregaande mate afhankelijk is geworden van een beperkt aantal zeer grote ICT-dienstverleners, ook wel aangeduid als 'BigTechs'. Tegenover deze BigTechs

2023 (behandeling van zowel de implementatie in het BW als in de Wft en de lagere regelgeving); Mijnsen 2017, hfdst. 4 (behandeling implementatie in het BW).

4. Verordening (EU) 2022/2554.

5. Er zijn zeker nog andere gevallen aan te wijzen waarin omwille van de financiële stabiliteit dwingendrechtelijke eisen worden gesteld aan de inhoud van contracten waarbij banken (en andere financiële instellingen) partij zijn. Zo moeten (o.m.) banken in overeenkomsten of schuldinstrumenten (zoals obligaties) (1) die beheerst worden door het recht van een niet-lidstaat, en (2) waaruit verplichtingen voor de bank voortvloeien die door DNB onderworpen kunnen worden aan een bail-in, een bepaling opnemen waarin de wederpartij instemt met de mogelijke toepassing van het instrument van bail-in door DNB (art. 3A:13 Wft). DNB kan (andermaal omwille van de financiële stabiliteit) in bepaalde gevallen de inhoud van de overeenkomst bijvoorbeeld ook wijzigen of de overeenkomst beëindigen (art. 3A:51 Wft), betalings- en leveringsverplichtingen opschorten (art. 3A:20b-3A:20e en art. 3A:52 Wft) en de bevoegdheid tot beëindiging van een overeenkomst opschorten (art. 3A:54 Wft). Deze bepalingen vormen de Nederlandse omzetting van de Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD, Richtlijn 2014/59/EU). Zie ook art. 45(2) van het Commissievoorstel d.d. 22 september 2021 inzake de Insurance Recovery and Resolution Directive (IRRD), COM/2021/582 def.

(en andere ICT-aanbieders) zijn financiële entiteiten veelal niet opgewassen. In de considerans van DORA staat hierover het volgende vermeld:

‘Het grootschalige gebruik van ICT-diensten komt tot uiting in complexe contractuele overeenkomsten, waarbij financiële entiteiten vaak moeilijkheden ondervinden om te onderhandelen over contractuele voorwaarden die zijn afgestemd op de prudentiële normen of andere regelgevingsvereisten waaraan zij onderworpen zijn. Het kan ook moeilijk zijn specifieke rechten af te dwingen, zoals toegangsrechten of auditrechten (...). Bovendien voorzien veel van die contractuele overeenkomsten niet in voldoende waarborgen voor de volwaardige monitoring van onderaannemingsprocessen [= uitbestedingsprocessen, DB], zodat de financiële entiteit niet langer in staat is de bijbehorende risico's te beoordelen. Aangezien derde aanbieders van ICT-diensten vaak gestandaardiseerde diensten aanbieden aan verschillende soorten klanten, houden de contractuele overeenkomsten ook niet altijd voldoende rekening met de individuele of specifieke behoeften van actoren uit de financiële sector.’⁶

Normaal gesproken zijn de financiële instellingen in verhouding tot hun contractpartners de bovenliggende partij, maar bij ICT-contracten ligt dit anders. Bij hoge uitzondering hebben financiële instellingen nu zelf eens moeite om de contractvoorwaarden te bedingen die zij nodig hebben. Kortom, de financiële instelling als zwakkere partij. De Europese wetgever biedt financiële instellingen middels DORA de helpende hand, door dwingendrechtelijk voor te schrijven welke bepalingen *in ieder geval* moeten worden opgenomen in de contracten tussen financiële instellingen en ICT-aanbieders (waaronder BigTechs). De dwingendrechtelijke eisen die DORA stelt aan ICT-contracten strekken er overigens niet primair toe om de financiële instelling als zwakkere partij te beschermen. Zij willen conform de overkoepelende doelstelling van DORA eerst en vooral een bijdrage leveren aan de financiële stabiliteit.⁷

6. Zie ovw. (29) DORA.

7. Zie ook ovw. (30) DORA: ‘Het Unierecht inzake financiële diensten bevat enkele algemene voorschriften voor uitbesteding, maar daarmee is de monitoring van de contractuele dimensie nog niet volledig in het Unierecht verankerd. *Bij ontstentenis van duidelijke, op maat gesneden Unienormen voor contractuele overeenkomsten met derde aanbieders van ICT-diensten wordt de externe bron van ICT-risico niet grondig aangepakt* [curs. DB]. Het is bijgevolg zaak bepaalde kernbeginselen vast te stellen als leidraad voor het beheer van ICT-risico's van derden door financiële entiteiten. Die beginselen zijn des te belangrijker wanneer financiële entiteiten ter ondersteuning van kritieke of belangrijke functies een beroep op derde aanbieders van ICT-diensten doen. *Aan die beginselen moet een reeks contractuele basisrechten worden gehangen met betrekking tot verschillende elementen van de uitvoering en beëindiging van contractuele overeenkomsten, teneinde bepaalde minimumwaarborgen te verstrekken die het vermogen van de financiële entiteiten moeten versterken om alle mogelijke ICT-risico's op*

DORA stelt enerzijds (1) minimumeisen aan ICT-contracten, ongeacht of zij kritieke functies van de financiële entiteit ondersteunen, en anderzijds (2) aanvullende minimumeisen die enkel gelden voor ICT-contracten die kritieke of belangrijke functies van de financiële entiteit ondersteunen.⁸ ICT-contracten die kritieke of belangrijke functies ondersteunen zijn strenger gereguleerd omdat ICT-contracten die er niet of onvoldoende in slagen kritieke of belangrijke functies te ondersteunen een grotere impact kunnen hebben op het functioneren van de financiële entiteit en daarmee op de financiële stabiliteit.

6.2.2.2 *Minimumeisen aan ICT-contracten ongeacht of zij kritieke of belangrijke functies van de financiële entiteit ondersteunen*

De minimumeisen die DORA stelt aan ICT-contracten ongeacht of zij kritieke of belangrijke functies van de financiële entiteit ondersteunen komen op hoofdlijnen op het volgende neer.

ICT-contracten moeten (1) een volledige beschrijving bevatten van (a) functies en diensten, met vermelding of het uitbesteden van een ICT-dienst die een kritieke of belangrijke functie ondersteunt, of van materiële onderdelen daarvan, is toegestaan en indien dit het geval is, welke voorwaarden op die uitbesteding van toepassing zijn; en (b) de locaties waar dergelijke functies worden geleverd en waar data worden verwerkt, en (2) een indicatie geven van het dienstverleningsniveau.⁹

ICT-contracten moeten ook contractuele bepalingen bevatten (1) waarin wordt gespecificeerd hoe aanbieders van ICT-diensten de toegankelijkheid, beschikbaarheid, integriteit, beveiliging en bescherming van persoonsgegevens waarborgen, en (2) waarin de toegang, het herstel en de teruggave van door de financiële entiteit verwerkte persoonsgegevens en niet-persoonsgebonden gegevens wordt gewaarborgd in geval van insolventie, afwikkeling of stopzetting van de bedrijfsactiviteiten van de aanbieder van ICT-diensten.¹⁰

ICT-contracten moeten óók contractuele bepalingen bevatten (1) waarin van de aanbieder van ICT-diensten wordt verlangd dat hij assistentie biedt

het niveau van derde aanbieders van diensten doeltreffend te monitoren [curs. DB]. Die beginselen vormen een aanvulling op het voor uitbestedingen geldende sectorale recht.'

8. Zie art. 30 lid 2 (minimumeisen aan alle ICT-contracten met financiële entiteiten) en 3 (aanvullende minimumeisen aan ICT-contracten met financiële entiteiten die kritieke of belangrijke functies ondersteunen) DORA.

9. Zie art. 30 lid 2 onder (a), (b) en (e) DORA; ovw. (71) DORA.

10. Zie art. 30 lid 2 onder (c) en (d) DORA; ovw. (71) DORA.

bij ICT-incidenten in verband met de diensten die hij verleent, en wel zonder extra kosten of tegen kosten die van tevoren zijn afgesproken, (2) waarin de aanbieder van ICT-diensten wordt verplicht volledig samen te werken met de bevoegde financiële toezichthouders en de afwikkelingsautoriteiten van de financiële entiteit, en (3) inzake beëindigingsrechten en de bijbehorende minimumopzegtermijnen voor de beëindiging van de ICT-contracten, in overeenstemming met de verwachtingen van de bevoegde financiële toezichthouders en de afwikkelingsautoriteiten.¹¹

6.2.2.3 *Aanvullende minimumeisen aan ICT-contracten die kritieke of belangrijke functies van de financiële entiteit ondersteunen*

De aanvullende minimumeisen die DORA stelt aan ICT-contracten die kritieke of belangrijke functies van de financiële entiteit ondersteunen komen op hoofdlijnen op het volgende neer.

Zij moeten (1) een volledige beschrijving van het dienstenniveau bevatten, met precieze kwantitatieve en kwalitatieve prestatiedoelstellingen, opdat zonder onnodige vertraging corrigerende maatregelen kunnen worden getroffen als de overeengekomen dienstenniveaus niet gehaald worden; (2) de relevante kennisgevingsperioden en rapportageverplichtingen van de aanbieder van ICT-diensten bevatten in geval van ontwikkelingen met een potentiële materiële impact op het vermogen van de aanbieder van ICT-diensten om hun ICT-diensten daadwerkelijk te leveren; (3) een verplichting voor de aanbieder van ICT-diensten bevatten om bedrijfsnoodplannen uit te voeren en te testen en te beschikken over ICT-beveiligingsmaatregelen, -instrumenten en -beleidsmaatregelen die een veilige dienstverlening mogelijk maken, en om deel te nemen aan en volledig mee te werken aan ‘threat led penetration testing’ (TLPT).¹²

Contracten voor het leveren van ICT-diensten ter ondersteuning van kritieke of belangrijke functies moeten tevens bepalingen bevatten inzake (1) rechten van toegang, inspectie en audit door de financiële entiteit of een aangewezen derde, en (2) het recht om kopieën te maken. Dit zijn cruciale instrumenten voor de permanente monitoring door de financiële entiteit van de prestaties van de aanbieder van ICT-diensten, evenals de volledige medewerking van de dienstverlener tijdens inspecties. Evenzo moet de

11. Zie art. 30 lid 2 onder (f), (g) en (h) DORA; ovw. (71) DORA.

12. Zie art. 30 lid 3 onder (a), (b), (c) en (d) DORA; ovw. (72) DORA. ‘Dreigingsgestuurde penetratietest’ (threat led penetration testing, TLPT) is gedefinieerd als ‘een kader waarin de tactiek, technieken en procedures van levensechte, als een reële cyberdreiging ervaren dreigingsactoren worden nagebootst en waarin een gecontroleerde, op maat gesneden, door inlichtingen gestuurde (red team) test van de kritieke reël bestaande productiesystemen van de financiële entiteit wordt voorgebracht.’ Zie art. 3(17) DORA.

financiële toezichthouder van de financiële entiteit het recht hebben om, na kennisgeving, de aanbieder van ICT-diensten te inspecteren en te auditen, onder het voorbehoud van de bescherming van vertrouwelijke informatie.¹³

ICT-contracten ter ondersteuning van kritieke of belangrijke functies moeten ook voorzien in specifieke exit-strategieën die vooral verplichte overgangsperioden mogelijk maken waarin de aanbieder van ICT-diensten de relevante diensten moet blijven verrichten om zo het risico op verstoringen bij de financiële entiteit te beperken, dan wel de financiële entiteit in staat te stellen daadwerkelijk over te stappen naar andere aanbieders van ICT-diensten, of anders over te gaan op interne oplossingen, een en ander in overeenstemming met de complexiteit van de verleende ICT-dienst.¹⁴

6.2.2.4 *Uitwerking minimumeisen ICT-contracten*

De hierboven besproken minimumeisen die DORA stelt aan ICT-contracten met financiële entiteiten zijn betrekkelijk algemeen geformuleerd. Contractpartijen lijken daarom nog de nodige vrijheid te hebben om contractbepalingen naar eigen inzicht te concretiseren, mits zij maar voldoen aan de minimumeisen die DORA stelt. In die zin lijken deze regels op het eerste gezicht een ander karakter te hebben dan de (zeer) gedetailleerde gedragsregels waaraan in paragraaf 6.2.1 werd gerefereerd. De eisen die DORA zelf stelt aan ICT-contracten met financiële entiteiten vormen echter nog maar het topje van de ijsberg, waardoor deze eisen uiteindelijk toch zullen leiden tot (zeer) gedetailleerde voorschriften die de contractvrijheid in verdergaande mate zullen beperken dan op basis van de bovenstaande bespreking het geval lijkt te zijn.

Ten eerste, ICT-contracten moeten, zoals hierboven werd beschreven, (1) een volledige beschrijving bevatten van (a) functies en diensten, met ver-

13. Zie art. 30 lid 3 onder (e), aanhef, en onder (i) en onder (iii) DORA; ovw. (73) DORA.

14. Zie art. 30 lid 3 onder (f) DORA; ovw. (74) DORA. Ovw. (74), maar niet de wettekst zelf, vermeldt nog het volgende: 'Bovendien moeten financiële entiteiten die binnen het toepassingsgebied van Richtlijn 2014/59/EU vallen [dat zijn beleggingsondernemingen (die vaak tevens een bank zijn) en gereguleerde markten (effectenbeurzen), DB], ervoor zorgen dat de relevante contracten voor ICT-diensten degelijk en volledig afdwingbaar zijn in geval van afwikkeling van die financiële entiteiten. Daarom moeten die financiële entiteiten erop toezien dat, in overeenstemming met de verwachtingen van de afwikkelingsautoriteiten, hun contracten voor ICT-diensten afwikkelingsbestendig zijn. Zolang zij aan hun betalingsverplichtingen blijven voldoen, moeten die financiële entiteiten er onder meer voor zorgen dat hun contracten voor ICT-diensten clausules bevatten voor niet-beëindiging, niet-opschorting en niet-wijziging op grond van herstructurering of afwikkeling'.

melding of het uitbesteden van een ICT-dienst die een kritieke of belangrijke functie ondersteunt, of van materiële onderdelen daarvan, is toegestaan, en indien dit het geval is, welke voorwaarden op die uitbesteding van toepassing zijn. DORA bepaalt dat de gezamenlijke ESA's (ESMA, EBA en EIOPA) technische reguleringsnormen zullen opstellen die specificeren hoe een financiële entiteit kan bepalen en beoordelen wanneer over te gaan tot uitbesteding van ICT-diensten die kritieke of belangrijke functies ondersteunen. Uiterlijk op 17 juli 2024 leggen de gezamenlijke ESA's deze technische reguleringsnormen voor aan de Europese Commissie, die ze vervolgens vaststelt.¹⁵

Ook bepaalt DORA dat financiële entiteiten en aanbieders van ICT-diensten bij de contractonderhandelingen rekening houden met het gebruik van modelcontractbepalingen die door overheidsinstanties zijn ontwikkeld voor specifieke diensten.¹⁶ In de praktijk zullen deze modelcontracten vermoedelijk leidend zijn. De bevoegde financiële toezichthouders zullen er mogelijk ook op aandringen zoveel mogelijk aan te sluiten bij deze modelcontracten, tenzij er goede redenen bestaan hier toch vanaf te wijken.

Tot slot zullen de ESA's (al dan niet gezamenlijk), de Europese Commissie en/of de financiële toezichthouders (in Nederland de ECB, DNB en de AFM) ongetwijfeld nog de nodige *guidance* (richtsnoeren, aanbevelingen, beleidsregels, leidraden, interpretaties, good practices, opinies, Q&A's etc.) publiceren in relatie tot DORA. Het publiceren van *guidance* is goed gebruik in de financiële sector en zal in relatie tot DORA ook vrijwel zeker niet uitblijven. Dit soort uitingen wordt veelal aangeduid met de enigszins vage term 'soft law'. Formeel interpreteert soft law enkel het geldende toezichtrecht en is het zelf niet juridisch verbindend, maar in de praktijk wordt soft law zonder enige twijfel wel als bindend ervaren.¹⁷ Het is goed denkbaar dat de komende tijd ook de nodige soft law zal verschijnen ter zake van de dwingendrechtelijke eisen die DORA stelt aan ICT-contracten, zeker als de praktijk daar zelf om gaat vragen om meer duidelijkheid te verkrijgen over wat er in dit opzicht van haar wordt verwacht.

De financiële entiteiten die gebonden zijn aan DORA zullen deze verdere beknopting van de contractvrijheid vermoedelijk wel kunnen accepteren, want hierdoor kunnen zij beter inschatten wat de toezichthouder van hen verwacht. Concrete *guidance* (of die nu de vorm heeft van technische regu-

15. Art. 30 lid 5 DORA.

16. Art. 30 lid 4 DORA.

17. Zie over het gebruik en de juridische status van soft law in de financiële sector o.a.: De Serière & Jennen 2017; Wallinga 2015; Busch 2021b. Zie ook HvJ EU 15 juli 2021, C 911/19, ECLI:EU:C:2021:599 (*Fédération Bancaire Française (FBF)/Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR)*), waarover Grundmann-van de Krol 2021.

leringsnormen, van modelcontracten die door overheidsinstanties zijn ontwikkeld, of van soft law) kunnen de financiële entiteiten dan weer gebruiken in hun contractonderhandelingen met ICT-aanbieders.

6.2.3 Wettelijke eisen aan de contractinhoud & mensenrechten en milieu

6.2.3.1 Algemeen

In hoofdstuk 3 passeerde het omstreden voorstel van de Europese Commissie ter zake van de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) al de revue.¹⁸ Daar werd besproken (1) dat grote bedrijven die gevestigd of actief zijn in de EU¹⁹ bij zichzelf, bij dochterondernemingen en in de waardeketen onderzoek (due diligence) moeten doen naar feitelijke en potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en het milieu,²⁰ en (2) dat wat de Europese Commissie betreft ook grote banken en vele andere grote financiële instellingen onder de CSDDD vallen en daarom eveneens moeten voldoen aan de onder (1) geschetste duediligenceverplichtingen.²¹ ‘Waardeketen’ wordt in relatie tot grote banken en de andere grote financiële instellingen die onder de CSDDD vallen, kort gezegd gedefinieerd als de verstrekking van leningen, kredieten en andere financiële diensten aan ondernemingen met uitzondering van bedrijven behorend tot het midden-

-
18. Zie voor het voorstel van de Europese Commissie: COM/2022/71 def. (hierna: CSDDD). Zie in dit verband ook het Nederlandse voorstel ter zake van de Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, dat in dezelfde richting gaat als de CSDDD. Zie voor het naar aanleiding van opmerkingen van de Raad van State aangepaste wetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting: *Kamerstukken II 2022/23*, 25761, nr. 9 (gewijzigd wetsvoorstel) en nr. 10 (toelichting op gewijzigd wetsvoorstel). Zie over de CSDDD bijv. de diverse bijdragen aan de special van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* 2023/5; Cherednychenko 2022a; De Kluiver 2023. NB: de Raad en het Europees Parlement hebben inmiddels ieder een eigen doorlopende tekst van de CSDDD gepubliceerd. De teksten van de Europese Commissie, de Raad en het Europees Parlement verschillen onderling. In dit preadvies houd ik zoals eerder opgemerkt de tekst van de Europese Commissie aan. Zie voor de CSDDD-versies van de Raad en het Europees Parlement: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15024_2022_REV_1 (Raad); eestekamer.nl/eu/documenteu/p9_ta_2023_0209_amendementen_van/f=/vm3okpcwa-wo1.pdf (Europees Parlement).
 19. Grote bedrijven zijn bedrijven die bepaalde drempelwaarden overschrijden. Zie voor de exacte vereisten art. 2 CSDDD.
 20. Zie art. 4 gelezen in verbinding met art. 5-11 CSDDD. Daarnaast bevat de CSDDD voor de grootste bedrijven de verplichting een Climate Change Action Plan (CCAP) te hebben, zie art. 15 CSDDD.
 21. Zie voor de complete lijst van financiële instellingen die onder de CSDDD vallen: art. 2 en art. 3 punt (a)(iv) juncto art. 2 CSDDD. NB: de Raad wil dat de lidstaten zelf kunnen bepalen of de financiële sector onder het bereik van de CSDDD komt te vallen (lidstaattoptie). Zie art. 2 lid 8 van de CSDDD-versie van de Raad.

en kleinbedrijf (mkb).²² De due diligenceverplichting geldt voor grote financiële instellingen dus enkel in relatie tot niet-mkb-ondernemingen.

In hoofdstuk 3 werd besproken dat het due diligenceonderzoek (toegespitst op grote financiële instellingen) kort gezegd als volgt werkt. Als het due diligenceonderzoek van de grote financiële instelling uitwijst dat bij een bestaande of nieuwe klant (zijnde een niet-mkb-onderneming) sprake is van feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en/of het milieu, dan moet de grote financiële instelling proberen deze effecten te beëindigen, te beperken of te voorkomen door diverse in de CSDDD opgesomde maatregelen, zoals ‘in voorkomend geval’ (1) de ontwikkeling en uitvoering van een preventief of corrigerend actieplan en (2) het vragen van contractuele garanties aan de bestaande of nieuwe klant (zijnde een niet-mkb-onderneming).²³

6.2.3.2 Contractuele garanties

Het zijn de contractuele garanties genoemd onder (2) hierboven die voor het doel van het huidige hoofdstuk interessant zijn, omdat (ook) grote financiële instellingen deze garanties ‘in voorkomend geval’ zullen moeten vragen aan de bestaande of nieuwe klant (zijnde een niet-mkb-onderneming). Dat beperkt dus de contractvrijheid ten aanzien van de inhoud van het contract. Wat in ‘voorkomend geval’ exact betekent is wellicht niet volledig duidelijk, maar *als* de grote financiële instelling de garanties moet vragen, *dan* gelden daarvoor de volgende dwingendrechtelijke eisen.

(1) De contractuele garanties moeten ervoor zorgen dat de bestaande of nieuwe klant (zijnde een niet-mkb-onderneming) de gedragscode van de grote financiële instelling en (als de financiële instelling dat heeft) het preventieve of corrigerende actieplan naleeft.²⁴

(2) De bestaande of nieuwe klant (zijnde een niet-mkb-onderneming) moet op zijn beurt overeenkomstige contractuele garanties verkrijgen van zijn partners voor zover hun activiteiten deel uitmaken van de waardeketen van de grote financiële instelling (cascadeovereenkomsten).²⁵

22. Zie art. 3 punt (g) CSDDD.

23. Zie art. 7 lid 2, aanhef, en onder (b) en lid 4 (preventie van potentiële negatieve effecten) en art. 8 lid 3, aanhef, en onder (c) en lid 5 (beëindiging van feitelijke negatieve effecten) CSDDD.

24. Zie art. 7 lid 2 onder (b) (preventie van potentiële negatieve effecten) en art. 8 lid 3 onder (b) (beëindiging van feitelijke negatieve effecten) CSDDD.

25. Zie art. 7 lid 2 onder (b) (preventie van potentiële negatieve effecten) en art. 8 lid 3 onder (b) (beëindiging van feitelijke negatieve effecten) CSDDD. Tot de waardeketen van grote financiële ondernemingen behoren niet enkel de niet-mkb-ondernemingen aan wie zij leningen, kredieten en andere financiële diensten verstrekken, maar ook

(3) De contractuele garanties moeten vergezeld gaan van passende maatregelen om de naleving te controleren, in welk kader de grote financiële instelling een beroep doet op passende initiatieven van de sector of verificatie door een onafhankelijke derde partij.²⁶

6.2.3.3 *Uitwerking contractuele garanties*

De hierboven besproken dwingendrechtelijke eisen die de CSDDD wil stellen aan bestaande of nieuwe contracten tussen (kortweg) grote financiële instellingen en hun klanten (zijnde niet-mkb-ondernemingen) ter zake van contractuele garanties zijn weer betrekkelijk algemeen geformuleerd. Contractpartijen lijken daarom nog de nodige vrijheid te hebben om de contractuele garanties zelf te concretiseren, mits zij maar voldoen aan de eisen die de CSDDD stelt. In die zin lijken ook deze regels op het eerste gezicht een ander karakter te hebben dan de gedragsregels waaraan in paragraaf 6.2.1 werd gerefereerd, die immers veelal (zeer) gedetailleerd zijn. De eisen die de CSDDD zelf stelt aan contractuele garanties vormen echter nog maar het topje van de ijsberg, waardoor deze eisen uiteindelijk toch zullen leiden tot (zeer) gedetailleerde regels die de contractvrijheid in verdergaande mate beperken dan op basis van de bovenstaande bespreking het geval lijkt te zijn. De redenen hiervoor zijn in essentie dezelfde als die welke hierboven in relatie tot DORA werden genoemd.

Om grote financiële instellingen (en andere grote ondernemingen) te ondersteunen bij de naleving van de dwingendrechtelijke bepalingen uit de CSDDD over contractuele garanties, stelt de Europese Commissie richtsnoe-

ondernemingen die tot dezelfde groep behoren en waarvan de activiteiten verband houden met de overeenkomst in kwestie. Zie art. 3 punt (g) CSDDD.

26. Art. 7 lid 4, eerste alinea (preventie van potentiële negatieve effecten) en art. 8 lid 5, eerste alinea (beëindiging van feitelijke negatieve effecten) CSDDD. Wanneer contractuele garanties worden verkregen van, of een overeenkomst wordt gesloten met, een bedrijf behorend tot het midden- en kleinbedrijf (mkb), moeten de gebruikte voorwaarden eerlijk, redelijk en niet-discriminerend zijn. Wanneer ten aanzien van de mkb'er maatregelen worden genomen om naleving te verifiëren, draagt de onderneming de kosten van de verificatie door een onafhankelijke derde partij. Zie art. 7 lid 4, tweede alinea (preventie van potentiële negatieve effecten) en art. 8 lid 5, tweede alinea (beëindiging van feitelijke negatieve effecten) CSDDD. Omdat voor grote financiële instellingen geldt dat enkel niet-mkb-ondernemingen deel uitmaken van de waardeketen (zie art. 3 (g) CSDDD), lijkt deze bepaling over mkb'ers niet heel erg relevant voor grote financiële instellingen, al behoren ondernemingen die tot dezelfde groep behoren als de niet-mkb-onderneming en waarvan de activiteiten verband houden met de overeenkomst tussen de grote financiële instelling en de niet-mkb-onderneming, ook tot de waardeketen van de grote financiële instelling. Die groepsentiteiten kunnen ook mkb-ondernemingen zijn. Zie in algemene zin over de contractuele garanties uit hoofde van de CSDDD bijv. Riyazi 2023.

ren vast voor vrijwillige modelcontractbepalingen.²⁷ Verder zullen er ook ter zake van de CSDDD vast nog allerlei vormen van soft law worden uitgevaardigd door de ESA's, nationale (financiële) toezichthouders en door de Europese Commissie.²⁸ Die soft law is formeel weliswaar niet verbindend, maar zal de inhoud van de contracten tussen grote financiële instellingen en niet-mkb-ondernemingen in de praktijk wel verder inkaderen.

6.3 Open normen

6.3.1 Civielrechtelijke zorgplicht

Hierboven zagen we dat de inhoud van contracten afgesloten door financiële instellingen in toenemende mate wordt beheerst door gedetailleerde wettelijke regels (en daaraan gekoppelde soft law). Ook de open normen uit het civiele recht blijven evenwel een belangrijke invloed uitoefenen op de inhoud van contracten afgesloten door financiële instellingen. Hierbij kan in de eerste plaats gedacht worden aan de civiele zorgplicht. De Hoge Raad heeft al meermalen beslist dat de civiele zorgplicht verder kan reiken dan de wettelijke gedragsregels als dat gelet op de omstandigheden van het geval geïndiceerd is.²⁹

De civiele zorgplicht zal onder omstandigheden dus ook verdergaande eisen kunnen stellen aan de inhoud van een financieel contract dan die welke voortvloeien uit de wettelijke gedragsregels, daarmee de contractvrijheid van de financiële instelling verder beknoptend. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat aan aangescherpte of volledig nieuwe wettelijke gedragsregels die eisen stellen aan de inhoud van een financieel contract via de band van de civiele zorgplicht (geheel of ten dele) terugwerkende kracht wordt toegekend, met als argument dat de erin opgenomen normen al voordien tot ontwikkeling waren gekomen in zelfregulering en dat de vastlegging in geschreven recht veeleer een bevestiging van die normen vormt.³⁰

In den beginne strekte de civiele zorgplicht er natuurlijk vooral toe particulariseren te beschermen (de zwakkere partij bij uitstek), maar de afgelopen

27. Zie art. 12 CSDDD.

28. Zie expliciet ter zake van richtsnoeren die uitgevaardigd kunnen worden door de Europese Commissie: art. 13 (richtsnoeren) CSDDD.

29. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.11.5; HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.5; HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, r.o. 3.4.2. De bijzondere zorgplicht mag op gelijke wijze verder reiken dan zelfregulering, zoals gedragscodes.

30. Dit was de redenering die de Hoge Raad volgde om aan bepaalde wettelijke gedragsregels inzake overkreditering terugwerkende kracht toe te kennen via de band van de civiele zorgplicht, zie HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.6-4.2.9, 1^e alinea. Zie ook HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298. Zie nader hfdst. 2, par. 2.2, hierboven.

jaren is duidelijk geworden dat de zorgplicht er ook toe kan strekken niet-particuliere wederpartijen van de bank of andere financiële instelling te beschermen, en zelfs derden die geen particulier zijn. Het gaat dan vooral om een uitbreiding van de zorgplicht in relatie tot mkb-bedrijven, maar ook in relatie tot grote ondernemingen lijkt de zorgplicht soms in acht te moeten worden genomen.³¹

De zorgplicht kan eventueel ook verdergaande of andere eisen stellen aan de inhoud van contracten die bestreken worden door DORA (financiële stabiliteit) en de CSDDD (mensenrechten en milieuschade). Aanvullende eisen zouden gelet op het grote belang van financiële stabiliteit, het milieu en mensenrechten in althans de ogen van civiele rechters best eens nodig kunnen zijn.

6.3.2 Onredelijk bezwarende bedingen

6.3.2.1 Algemeen

In dit hoofdstuk wil ik ook graag stil staan bij een andere ontwikkeling, die zeker geen kleinere praktische impact heeft op de inhoud van financiële contracten dan de civiele zorgplicht. De afgelopen jaren is namelijk duidelijk geworden dat banken en andere financiële instellingen in toenemende mate rekening moeten houden met het (ook ambtshalve) oordeel van de civiele rechter dat clausules in financiële contracten met consumenten onredelijk bezwarend (oneerlijk) en daardoor vernietigbaar zijn. Ook de algemene maatstaf die moet worden aangelegd ter beantwoording van de vraag of een beding in een contract met een consument al dan niet onredelijk bezwarend is, is (net als de civiele zorgplicht) aan te merken als een open norm (al is deze anders dan de civiele zorgplicht geen ongeschreven norm maar opgenomen in het BW).³² Ook deze ontwikkeling perkt de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen verder in.³³ Ik geef drie voorbeelden.

31. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.2 (*Yin/Yang*) (uitbreiding van de bijzondere zorgplicht jegens een mkb-bedrijf); HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274 & 1276, r.o. 2.9.1 en 2.9.2 (*Promontoria*) (uitbreiding van de bijzondere zorgplicht jegens niet-consumenten). Zie ook Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, r.o. 2.5-2.7 (*Footlocker*) (uitbreiding van de bijzondere zorgplicht jegens een grote onderneming). Vgl. ook HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, r.o. 2.4, voorlaatste alinea (*ISG/Natwest*) (uitbreiding van de bijzondere zorgplicht jegens een grote onderneming).
32. Zie voor deze algemene maatstaf art. 6:233, aanhef, en onder (b) BW/art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG (Richtlijn oneerlijke bedingen).
33. Zie voor een overzicht en analyse van de rechtspraak van het HvJ EU, Nederlandse civiele rechters en civiele rechters in diverse andere Europese jurisdicties: Busch & Lehmann 2023. Zie ook (toegespijst op Nederland): Lieveerse 2020.

6.3.2.2 Eenzijdige rentewijzigingsbedingen in Euribor-hypothekleningen

Eerste voorbeeld. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 22 november 2019 over eenzijdige rentewijzigingsbedingen in hypothecaire Euribor-leningen het volgende duidelijk gemaakt: dat de voor banken en andere kredietverstrekkers geldende wettelijke gedragsregels destijds *niet* in het algemeen ertoe verplichtten informatie te verschaffen over de opbouw van het rentetarief, betekent niet dat de bank die informatie ook niet behoefde te verschaffen indien dit nodig was om de leningnemer bij het aangaan van de overeenkomst voldoende voor te lichten in verband met het transparantievereiste uit hoofde van artikel 6:238 lid 2, eerste zin, BW/artikel 5, eerste zin, Richtlijn 93/13/EEG (Richtlijn oneerlijke bedingen, hierna: de Richtlijn).³⁴

Kortom, aan wettelijke gedragsregels kan niet enkel terugwerkende kracht worden toegekend via de band van de civiele zorgplicht, maar dit kan ook via het transparantievereiste. Als blijkt dat het transparantievereiste is geschonden, dan kan dit ertoe leiden dat het beding oneerlijk en dus vernietigbaar is. Al leidt de intransparantie van een beding nog niet per se tot het (ambtshalve) oordeel dat het oneerlijk en daarmee vernietigbaar is. Bij de beoordeling van de oneerlijkheid van het beding moeten immers alle relevante omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst worden betrokken, en moet worden gelet op het cumulatieve effect van alle bedingen van de betrokken overeenkomst.³⁵

34. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 4.2.3, 2^e alinea, 2^e zin (ABN AMRO/Stichting EURIBAR en Stichting SDB).

35. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 4.1.1-4.1.2 en 3.2.1. In februari 2020 trof de Stichting EURIBAR een schikking met de bank (ABN AMRO), waarbij 62,5% van de in 2009 en 2012 aan de bank betaalde opslagverhogingen, berekend tot 1 april 2019, werd terugbetaald, vermeerderd met de wettelijke rente. Zie de website van Teekens-Karstens, advocaten en notarissen, die de Stichting EURIBAR vertegenwoordigden in de feitelijke instanties. Zie tk.nl/nieuws/euribar-nieuws/. Zie ook: radar.avrotros.nl/uitzendingen/gemist/item/euribor-schikking-accepteren-of-doorprocederen/. De Stichting Stop de banken (SDB) trof geen schikking met de bank en procedeerde verder nadat het arrest van het hof Amsterdam was vernietigd door de Hoge Raad. Het hof Den Haag (dat de zaak behandelde na verwijzing) wees de vorderingen van SDB af. Zie Hof Den Haag 11 oktober 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1983, r.o. 4.15, 4.18, 4.19-4.38 ('(...) [A]lles overziend komt het hof tot de conclusie dat de wijzigingsbedingen niet een zodanige versterking van het evenwicht in het nadeel van de leningnemers veroorzaken — ondanks ook de mate waarin de wijzigingsbedingen niet transparant zijn — dat ABN AMRO niet te goeder trouw kon aannemen dat de leningnemers daarmee zouden hebben ingestemd als daarover op eerlijke wijze afzonderlijk zou zijn onderhandeld.', zie r.o. 4.38).

6.3.2.3 Schadefixatiebedingen in effectenleaseovereenkomsten

(i) Prejudiciële beslissing Hoge Raad

Tweede voorbeeld. In zijn uitspraak van 21 april 2017 beantwoordde de Hoge Raad enkele prejudiciële vragen van het hof Amsterdam over de toepassing van de Richtlijn in relatie tot effectenleaseovereenkomsten.³⁶

In de zaak waarin het Amsterdamse hof prejudiciële vragen had gesteld aan de Hoge Raad ging het om een restschuldproduct: tijdens de duur van de effectenleaseovereenkomst werd enkel rente betaald en bleef de geleende hoofdsom dus volledig in stand. Omdat de consument in gebreke bleef met de rentebetaling, maakte de bank gebruik van haar ontbindingsrecht.³⁷ Artikel 6 en artikel 15 van de Bijzondere voorwaarden van de bank luiden voor zover relevant als volgt:

‘6. Indien (...) lessee [= consument, DB] na schriftelijke ingebrekestelling nalatig blijft met het betalen van één of meer maandtermijnen of het nakomen van enige andere verplichting uit hoofde van de overeenkomst of enige andere soortgelijke leaseovereenkomst als de onderhavige overeenkomst (...), is de Bank gerechtigd de overeenkomst en alle andere soortgelijke leaseovereenkomsten terstond te beëindigen en het onbetaalde restant van de totaal overeengekomen leasesom(-men) uit hoofde van alle lopende leaseovereenkomsten soortgelijk als de onderhavige overeenkomst in zijn geheel op te eisen en de waarden te verkopen op een door de Bank te bepalen moment ter beurze of anderszins. De Bank zal de opbrengst van die verkoop in mindering brengen op datgene wat lessee haar verschuldigd is. Een eventueel batig saldo zal alsdan door de Bank aan lessee worden uitbetaald.’³⁸

‘15. (...) In geval van ontbinding van de overeenkomst zal de vordering van lessee bestaan in een bedrag gelijk aan de verkoopwaarde van de waarden op de datum van ontbinding verminderd met een bedrag gelijk aan de contante waarde van het onbetaalde restant van de totaal overeengekomen leasesom. (...)’³⁹

De Hoge Raad oordeelde dat dit een onredelijk bezwarend beding in de algemene voorwaarden opleverde, omdat hierin geen rekening werd gehouden met het feit dat de bank door de ontbinding de hoofdsom eerder

36. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773.

37. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, r.o. 3.1 onder (iii) en (v).

38. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, r.o. 3.4.2.

39. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, r.o. 3.4.3.

terugkrijgt en dit bedrag tegen de dan geldende rente opnieuw kan uitlenen. Dit betekende dus dat de rechter gehouden was het beding van artikel 6 Bijzondere voorwaarden op grond van artikel 6:233 onder (a) BW te vernietigen voor zover dit betrekking had op de rentetermijnen die ten tijde van de beëindiging op grond van die bepaling nog toekomstig waren. Op die rentetermijnen kon dus niet op grond van artikel 6 Bijzondere voorwaarden aanspraak worden gemaakt.⁴⁰

Dit liet naar het oordeel van de Hoge Raad onverlet dat de bank bij wanbetaling door de consument de mogelijkheid behoudt om over te gaan tot ontbinding van de overeenkomst, al dan niet op grond van artikel 6 Bijzondere voorwaarden, en dat zij dan overeenkomstig artikel 6:277 BW aanspraak kan maken op schadevergoeding, dat wil zeggen: op grond van een bepaling van aanvullend nationaal recht in plaats van op grond van art 6 Bijzondere voorwaarden. Door de ontbinding ontvangt de bank de aflossing van het geleende bedrag op een eerder tijdstip dan overeengekomen. Bij een effectenleaseovereenkomst met een financiële instelling moet tot uitgangspunt worden genomen dat een eerdere aflossing die instelling in staat stelt om het hiermee gemoeide bedrag opnieuw uit te lenen. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat de eerdere aflossing voor haar het voordeel heeft dat dit bedrag onmiddellijk opnieuw rentedragend is, tegen het percentage dat zij op dat moment kan bedingen. Met dit voordeel moet rekening worden gehouden bij de vaststelling van de schade als bedoeld in artikel 6:277 BW, aldus de Hoge Raad.⁴¹

(ii) *Prejudiciële beslissing Europees Hof van Justitie*

Het hof Den Haag was kennelijk niet volledig overtuigd van de juistheid van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad en stelde in een van de vele nog lopende procedures over effectenleaseovereenkomsten rechtstreeks prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie (HvJ EU), die in de kern op het volgende neerkwamen: kan de verkoper van het effectenleaseproduct na vernietiging door de consument van het schadefixatiebeding (boetebeding) zoals opgenomen in artikel 6 van de Bijzondere voorwaarden, aanspraak maken op de in een bepaling van aanvullend nationaal recht vastgestelde schadevergoeding die zonder dat beding van toepassing zou zijn geweest, te weten op grond van artikel 6:277 BW?

Anders dan eerder de Hoge Raad (zie hierboven), beantwoordt het HvJ EU deze vraag met 'nee'.⁴² Hoe komt het HvJ EU tot deze conclusie? Als de

40. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, r.o. 3.9.1.

41. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, r.o. 3.10.1, gelezen in verbinding met 3.7.2-3.7.7.

42. HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68, r.o. 67.

ationale rechter vaststelt dat een oneerlijk beding in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument nietig is, mag deze rechter die overeenkomst niet aanvullen door de inhoud van dat beding te herzien, ook niet door een bepaling van aanvullend nationaal recht (in casu art. 6:277 BW) in de plaats te stellen van het oneerlijke beding. Die bevoegdheid zou ertoe bijdragen dat de afschrikkende werking die voor verkopers uitgaat van het feit dat oneerlijke bedingen zonder meer buiten toepassing worden gelaten ten aanzien van de consument, teniet wordt gedaan doordat verkopers dan nog steeds geneigd zouden zijn om die bedingen te gebruiken in de wetenschap dat, ook al mochten deze ongeldig worden verklaard, de overeenkomst niettemin voor zover noodzakelijk door de nationale rechter zou kunnen worden aangevuld en hun belang dus gediend zou zijn.⁴³

Gelet op de in algemene bewoordingen gestelde redenering van het HvJ EU lijkt de uitspraak niet enkel te gelden voor oneerlijke boetebedingen, maar in algemene zin voor oneerlijke bedingen die geen kernbedingen zijn. Het oneerlijke beding blijft dan buiten toepassing en het aldus ontstane gat mag niet opgevuld worden door een wettelijke bepaling van aanvullend recht. Kortom, een snoeiharde benadering, die bedoeld is om de consument te beschermen.

6.3.2.4 Eenzijdige rentewijzigingsbedingen in doorlopend consumentenkrediet

(i) Algemeen

Derde voorbeeld. Bedingen die voorzien in de eenzijdige wijziging van rentetarieven ter zake van doorlopend consumentenkrediet, werden in een aantal beslissingen van lagere civiele rechters als onredelijk bezwarend (oneerlijk) aangemerkt. Een voorbeeld daarvan is een uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden van 26 februari 2019.⁴⁴

43. HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68, r.o. 62-67. Zie nader over de uitspraak van het HvJ EU bijv.: Pavillon & Spanjaard 2021; Schelhaas & Spanjaard 2021; Loos 2022.

44. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819. In vergelijkbare zin (o.m.): (i) Hof Arnhem-Leeuwarden 1 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6579 (tussenarrest); Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1198 (eindarrest); (ii) Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7568 (tussenarrest); Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020; ECLI:NL:GHARL:2020:2338 (eindarrest); HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1649 (in cassatie kwam de kwestie niet meer inhoudelijk aan de orde); (iii) Hof Arnhem-Leeuwarden 21 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3270; (iv) Hof Arnhem-Leeuwarden 13 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3554; (v) Hof Amsterdam 15 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1801; (vi) Rb. Rotterdam 5 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:210; (vii) Rb. Amsterdam 7 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2012. Zie voor een andere benadering: Hof Amsterdam 16 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2643 (het eenzijdige rentewijzigingsbeding is weliswaar intransparant, maar resulteert niet in een aanzienlijke verstoring van het

(ii) *Feiten*

De feiten lagen als volgt. Consumenten hebben op 16 juni 2004 een kredietovereenkomst gesloten met IDM Financieringen B.V., onderdeel van Interbank N.V. (hierna: IDM). Op grond van deze overeenkomst is aan consumenten een doorlopende en aflossingsvrije lening verstrekt van maximaal € 35.000. In de kredietovereenkomst is onder meer het volgende bepaald:

‘Cliënt is over het uitstaande saldo van deze overeenkomst kredietvergoeding verschuldigd. De kredietvergoeding zal maandelijks ten

evenwicht ten nadele van de consument en is daarom niet onredelijk bezwarend/oneerlijk). De Commissie van Beroep KiFiD volgt in dit type zaken nog weer een andere benadering en lost de kwestie op door uitleg van de kredietovereenkomst, waarbij de voor de consument gunstigste uitleg prevaleert (uitleg *contra proferentem*) (art. 5, tweede zin, Richtlijn en art. 6:238 lid 2, tweede zin, BW). Dit leidt ertoe dat het rentewijzigingsbeding aldus wordt uitgelegd dat de kredietvergoeding de ontwikkelingen in de markt volgt, in die zin dat (het verloop van) de kredietvergoeding niet onredelijk in het nadeel van de consument afwijkt van (het verloop van) de gebruikelijk in de markt gehanteerde rente voor vergelijkbare kredieten. De rente op hun doorlopend krediet volgt in die uitleg de beweging van (blijft in de pas met) de marktrente op doorlopende kredieten voor consumenten. Zie CvB KiFiD 21 januari 2019 (2019-004); CvB KiFiD 21 januari 2019 (2019-005) (eerste tussenuitspraak); CvB KiFiD 13 december 2019 (2019-005A) (tweede tussenuitspraak); CvB 5 februari 2020 KiFiD (2019-005B) (einduitspraak); het in de einduitspraak genoemde deskundigenrapport d.d. 13 januari 2020 is gepubliceerd onder nr. 2019-005C. Omwille van de transparantie zij vermeld dat uw preadviseur een van de bindend adviseurs was die de voornoemde KiFiD-beslissingen heeft gewezen. Zie in dezelfde lijn: CvB KiFiD 3 maart 2021 (2021-0015); 6 april 2021 (2021-0020); 6 april (2021-0021); 10 augustus 2022 (2022-0036). Alle uitspraken zijn te downloaden via kifid.nl/uitspraken/. Kritisch over de benadering van de CvB KiFiD zijn bijvoorbeeld: C.W.M. Lieveise in haar annotatie bij CvB KiFiD 21 januari 2019 (2019-004) & CvB KiFiD 21 januari 2019 (2019-005), *JOR* 2019/62 & 63; Lieveise 2020, nr. 35-38; H. Scholten in zijn annotatie bij CvB 5 februari 2020 KiFiD (2019-005B), *JOR* 2020/9; C.H.D.W. van den Borne-Verheijen in haar annotatie bij CvB 3 maart 2021 (2021-0015), *JOR* 2021/124; Rutgers 2022, p. 1239-1240. Anderzijds heeft de benadering van de CvB KiFiD ook navolging gekregen, want zie voor een vergelijkbare benadering Rb. Midden-Nederland 4 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3535, r.o. 2.6, 3.24 en 4.4. Tot slot verdient vermelding dat diverse financiële instellingen inmiddels een compensatieregeling hebben opgesteld voor hun particuliere klanten die gebaseerd is op de hierboven besproken uitspraken van de CvB KiFiD over eenzijdige rentewijzigingsbedingen in doorlopend consumentenkrediet. Deze compensatieregelingen zijn afgestemd met de Consumentenbond. Dat geldt voor (onder meer) ABN AMRO Bank (abnamro.nl/nl/privelenen/compensatieregeling/index.html); ING Bank (alfam.nl/compensatieregeling/); Rabobank (rabobank.nl/particulieren/service/geld-lenen/compensatie-variabele-rente); Van Lanschot (vanlanschot.nl/nieuws/2022/compensatieregeling-voor-consumptief-doorlopend-krediet); SNS Bank, thans onderdeel van de Volksbank (snsbank.nl/particulier/over-sns/sns-nieuws/compensatieregeling-doorlopend-krediet.html); Deutsche Bank Nederland (country.db.com/netherlands/nieuws/compensatie-variabele-rente-consumptieve-doorlopende-kredieten); Nationale Nederlanden (nn.nl/Particulier/Lenen/compensatiedoorlopendkrediet.htm).

laste van het krediet worden geboekt en wordt van dag tot dag berekend over het uitstaand saldo (...). De effectieve rente op jaarbasis bedraagt 9,9%.’

In de algemene voorwaarden (AV), die onderdeel uitmaken van de overeenkomst, is over de kredietvergoeding in artikel 3 AV opgenomen:

‘(a) De kredietvergoeding wordt uitgedrukt in de effectieve rente op jaarbasis en omvat alle kosten van het krediet.

(b) De kredietvergoeding wordt van dag tot dag berekend en kan door kredietgever, met inachtneming van de krachtens de wet gestelde maxima, worden gewijzigd. Kredietgever zal Cliënt van iedere wijziging schriftelijk in kennis stellen.’

Medio 2014 hebben consumenten de betaling van de kredietvergoeding stopgezet. IDM heeft op 24 november 2014 haar vermeende vordering gecedeerd aan Hoist Portfolio Holding LTD (hierna: Hoist).⁴⁵

Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat het eenzijdige wijzigingsbeding in artikel 3 onder (b) AV oneerlijk was en daarom in aanmerking kwam voor vernietiging op grond van artikel 6:233, onder (a), BW.⁴⁶ Het hof motiveerde dit oordeel samengevat weergegeven als volgt.

(iii) *Wijzigingsbeding is geen kernbeding*

In de kredietovereenkomst is opgenomen dat aan consumenten een doorlopend aflossingsvrij krediet van maximaal € 35.000 wordt verstrekt en dat zij over het uitstaande saldo als tegenprestatie een kredietvergoeding verschuldigd zijn. De kredietvergoeding wordt ‘van dag tot dag’ berekend over het uitstaande saldo en maandelijks afgeboekt. Overeengekomen is verder een effectieve rente op jaarbasis van 9,9%. Deze onderdelen kwalificeren naar het oordeel van het hof als kernbedingen in de zin van artikel 4 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen (hierna: Richtlijn). Zij vormen de kern van de prestaties en het stond consumenten vrij om andersoortige financiële producten met andere rentevormen en -percentages overeen te komen.⁴⁷

In artikel 3 onder (a) AV wordt het begrip kredietvergoeding omschreven. Artikel 3 onder (b) AV bevat de bevoegdheid van IDM de kredietvergoeding eenzijdig te wijzigen met de verplichting voor IDM om consumenten van

45. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 2.1-2.4.

46. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 4.16.

47. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 4.7.

elke wijziging schriftelijk in kennis te stellen. Het hof kwalificeert deze bedingen als bedingen in de zin van artikel 3 Richtlijn, omdat deze bedingen in de AV zijn opgenomen en gesteld noch gebleken is dat het kernbedingen betreft.⁴⁸

(iv) *Aanzienlijke verstoring van het evenwicht*

Met het eenzijdig wijzigingsbeding in artikel 3 onder (b) AV wordt naar het oordeel van het hof het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van consumenten aanzienlijk verstoord. Samengevat komt het er immers op neer dat IDM, als professionele opsteller van het beding, zich met dit beding de bevoegdheid heeft toegekend om na het sluiten van de overeenkomst de omvang van de tegenprestatie (overeengekomen op 9,9%) van haar wederpartij zelf te bepalen, met als enige beperking dat het wettelijk maximum (toen: 21%) niet mag worden overschreden. Dit zonder dat voor de consument inzichtelijk is wanneer en waarom en volgens welke maatstaf IDM van deze bevoegdheid gebruik zal maken.⁴⁹

Daarentegen zou zonder dit beding een wijziging van de tegenprestatie alleen zijn toegelaten met wederzijdse instemming van partijen of – onder bijzondere omstandigheden – met een beroep op artikel 6:248 BW (aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid) of 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden). Verder neemt het hof in aanmerking dat de reikwijdte van de bevoegdheid van IDM tot wijziging van de kredietvergoeding niet expliciet is gemaakt, waardoor consumenten in onvoldoende mate de financiële gevolgen die daaruit voor hen konden voortvloeien hebben kunnen inschatten.⁵⁰

(v) *In strijd met de goede trouw*

IDM diende er redelijkerwijs van uit te gaan dat als zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met consumenten op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk over dit beding had onderhandeld, consumenten dit beding niet zouden hebben aanvaard. Daarbij weegt het hof mee dat er ook geldleningen beschikbaar waren waarbij de kredietvergoeding wel is gekoppeld aan een variabel basistarief met een (in een percentage uitge-

48. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 4.8.

49. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 4.12, 1^e-3^e zin.

50. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 4.12, 4^e-5^e zin.

drukke) vaste opslag of waarbij een rentevaste periode kan worden overeengekomen.⁵¹

De stelling van Hoist dat de stijging van de kredietvergoeding is veroorzaakt door een stijging van de fundingskosten, die volgens Hoist bestaat uit de inkoopkosten van IDM opgebouwd uit een rentebasis en liquiditeitskosten, en dat de rentewijzigingen van IDM zich hebben bewogen binnen de bandbreedte van de in de markt gebruikelijke markttarieven voor doorlopende consumptieve kredieten, passeert het hof. Deze omstandigheden laten immers onverlet dat rond het sluiten van de overeenkomst in het eenzijdig wijzigingsbeding niet, althans niet op transparante wijze, de mogelijke redenen voor wijziging zijn opgenomen, en ook niet de wijze waarop IDM de kredietvergoeding berekent. Hierdoor zijn consumenten niet in staat (gesteld) (1) te voorzien welke gevolgen voor hen uit het beding zouden voortvloeien en evenmin (2) de (reden voor) aanpassing achteraf te controleren.⁵²

Ook de stelling van Hoist dat consumenten bij iedere stijging van de kredietvergoeding de mogelijkheid hadden om de bestaande kredietovereenkomst op te zeggen en een andere kredietverstrekker te zoeken met eventueel voor hen gunstiger voorwaarden, doet aan het oneerlijke karakter van het eenzijdig wijzigingsbeding niet af. Met name niet, omdat uit datzelfde beding volgt dat de overeenkomst van kracht blijft totdat het verschuldigde geheel zal zijn afgelost. Het valt daarom niet in te zien dat het voor consumenten daadwerkelijk mogelijk was (en is) om onmiddellijk het krediet af te lossen en/of het krediet bij IDM of een andere kredietaanbieder over te sluiten, aldus nog steeds het hof.⁵³

(vi) *Gevolgen vernietiging wijzigingsbeding*

Het hof stelt vast dat het buiten toepassing laten van het oneerlijke beding er niet toe leidt dat de overeenkomst niet kan worden voortgezet, omdat partijen bij het sluiten van de overeenkomst een kredietvergoeding zijn overeengekomen van 9,9%. Het wegvallen van het eenzijdig wijzigingsbeding brengt daarom mee dat – tenzij partijen anders overeenkomen – dit percentage ongewijzigd in stand blijft en dat de kredietvergoeding met inachtneming van dit percentage van dag tot dag wordt berekend over het uitstaande saldo en maandelijks wordt afgeboekt.⁵⁴

51. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 4.12, 6^e-7^e zin.

52. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 4.13.

53. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 4.14, onder verwijzing naar HvJ EU 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:180, r.o. 54-55 (RWE).

54. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819, r.o. 4.17.

(vii) *Terugwerkende kracht van wettelijke gedragsregels?*

Volledigheidshalve merk ik het volgende op. Toen het hier aan de orde zijnde consumptieve krediet werd afgesloten (2004), was Afdeling 1 (Bepalingen ter uitvoering van richtlijn nr. 2008/EG van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten) van Titel 2a (Consumentkredietovereenkomsten) van Boek 7 BW nog niet van kracht. In deze Afdeling is onder meer artikel 7:61 lid 2, aanhef en sub (f) BW opgenomen, waar staat dat in de kredietovereenkomst op duidelijke en beknopte wijze wordt vermeld ‘de debetrentevoet, de voorwaarden die de toepassing van deze rentevoet regelen en voor zover beschikbaar, indices of referentierentevoeten die betrekking hebben op de aanvankelijke debetrentevoet, alsmede de termijnen, voorwaarden en procedures voor wijziging ervan.’ Langs deze weg moet de aanbieder van het consumptief krediet nu inzichtelijk maken wanneer en waarom en volgens welke maatstaf gebruik kan worden gemaakt van de contractuele bevoegdheid de rente eenzijdig te wijzigen. Aldus beschouwd kan men de hier behandelde uitspraak dus ook lezen als een geval waarin via de oneerlijkheidstoets terugwerkende kracht wordt toegekend aan wettelijke gedragsregels.⁵⁵

6.4 Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie

6.4.1 Legitimiteit

Het is een bekend verschijnsel dat de vrijheid van financiële instellingen om de contractinhoud naar hun hand te zetten, aan banden wordt gelegd omwille van de als zwakkere aangemerkte wederpartij. Vrij algemeen wordt de bescherming van de zwakkere partij als een legitieme reden beschouwd om de contractvrijheid aan banden te leggen. Ik zie geen reden daar in dit verband anders over te denken.

Een ontwikkeling van recentere datum is dat de vrijheid van financiële instellingen om de contractinhoud naar hun hand te zetten, in toenemende mate óók aan banden wordt gelegd omwille van andere overwegingen, zoals financiële stabiliteit (DORA) en het tegengaan van schendingen van mensenrechten en milieuschade (CSDDD). Ik denk dat de meesten van ons ook deze overwegingen op zichzelf als legitieme redenen zullen beschouwen om de contractvrijheid in te perken.

55. Mede in verband met digitalisering en verdere ontwikkelingen met betrekking tot zorgplicht en consumentenbescherming en overige ontwikkelingen op de kredietmarkt heeft de Europese Commissie op 30 juni 2021 een voorstel gedaan om de Richtlijn consumentenkrediet te herzien, COM/2021/347 def. Zie daarover: Van Poelgeest 2023.

Maar enkel een legitiem doel is niet voldoende. Als aannemelijk is dat het te realiseren doel met minder vergaande inperkingen van de contractvrijheid kan worden bereikt, dan die welke in dit hoofdstuk zijn besproken, dan verdient die minder vergaande inperking de voorkeur.

6.4.2 Bescherming van de zwakkere partij

In verband met de inperkingen van de contractvrijheid omwille van de bescherming van de zwakkere partij springt vooral in het oog dat de correcte naleving van de gedetailleerde regels die in de financiële toezichtregels en het BW zijn opgenomen niet altijd voldoende zal zijn. Natuurlijk, de financiële toezichthouders geven nadere guidance door deze regels van (nog) meer detail te voorzien langs de weg van soft law, maar dat is niet eens wat ik bedoel. Waar het mij om gaat, is dat de open normen uit het privaatrecht, in het bijzonder de zorgplicht en de algemene maatstaf die moet worden aangelegd om te bepalen of een beding in een contract met een consument onredelijk bezwarend (oneerlijk) is, geregeld verdergaande of simpelweg andere eisen stellen dan die welke voorvloeien uit de gedetailleerde gedragsregels die in de financiële toezichtregels en het BW zijn opgenomen, bijvoorbeeld door via deze open normen terugwerkende kracht toe te kennen aan latere versies van deze gedetailleerde regels.

Deze combinatie van gedetailleerde wettelijke regels en open normen maakt het een lastige exercitie om een contract zó in te richten dat het voldoet aan alle eisen. De open normen bieden ex ante vaak niet al te veel duidelijkheid. Natuurlijk, zowel over de zorgplicht als over oneerlijke bedingen in financiële contracten is veel rechtspraak voorhanden, niet alleen van de Hoge Raad, maar wat betreft oneerlijke bedingen ook van het HvJ EU. De praktijk leert evenwel dat het lastig blijft daaruit een consistente lijn te distilleren, omdat de uitspraken vaak vrij casusgevoelig lijken te zijn. Het resultaat is aanzienlijke rechtsonzekerheid, uiteraard vooral voor de financiële instelling. Een aanvullende bron van rechtsonzekerheid is dat er in de communicatie tussen nationale rechters en het HvJ EU geregeld iets verloren gaat. De nationale achtergrond van de prejudiciële vragen wordt niet altijd goed begrepen door het HvJ EU (mede omdat die nationale achtergrond niet altijd goed wordt uitgelegd door de nationale rechter), andersom worden de antwoorden van het HvJ EU door nationale rechters regelmatig als onduidelijk dan wel als weinig behulpzaam beschouwd, waardoor de initieel bestaande rechtsonzekerheid blijft bestaan of zelfs wordt vergroot.⁵⁶

56. Zie nader Busch & Lehmann 2023, in het bijzonder de hfdst. 2 en 22.

Kortom, de aanvullende eisen aan de contractinhoud die kunnen voortvloeien uit de zorgplicht en uit de algemene maatstaf die moet worden aangelegd om te bepalen of een beding in een contract met een consument onredelijk bezwarend (oneerlijk) is, zijn misschien niet per se disproportioneel te noemen, maar ik denk wel dat het goed zou zijn als geschilbeslechters expliciet stil zouden staan bij de vraag welke impact het op de rechtszekerheid heeft als zij via de band van de zorgplicht of de oneerlijkheidstoets verdergaande of andere eisen stellen dan die welke voortvloeien uit de gedetailleerde regels uit de financiële toezichtwetgeving en het BW. Ik zou in ieder geval menen dat aan het rechtszekerheidsbeginsel toch ook argumenten kunnen worden ontleend dat hiervoor bepaalde randvoorwaarden gelden. Wat betreft beleggingsverzekeringen accepteert de Hoge Raad dat ook in *Vereniging Woekerpolis/Nationale-Nederlanden*,⁵⁷ maar daar viel gelet op *Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen* ook niet aan te ontkomen.⁵⁸ En daarmee zijn we aanbeland bij het punt van consistentie: als het rechtszekerheidsbeginsel ter zake van beleggingsverzekeringen bepaalde randvoorwaarden stelt aan de inzet van open normen uit het privaatrecht om strengere eisen op te leggen aan de financiële instelling dan die welke voortvloeien uit de gedetailleerde gedragsregels (of die nu staan in toezichtwetgeving of in het BW), waarom dan niet in relatie tot andere financiële producten?⁵⁹

6.4.3 Financiële stabiliteit, duurzaamheid en mensenrechten

Wat betreft de minimeisen die DORA stelt aan ICT-contracten omwille van de financiële stabiliteit zou ik menen dat zij zo op het eerste gezicht een proportionele inbreuk maken op de contractvrijheid. Dit is vooral het geval omdat DORA de contractvrijheid verder inperkt naar mate de risico's voor de financiële stabiliteit groter zijn. DORA stelt immers enerzijds (1) minimeisen aan ICT-contracten, ongeacht of zij kritieke of belangrijke functies van de financiële entiteit ondersteunen, en anderzijds (2) aanvullende minimeisen die enkel gelden voor ICT-contracten die kritieke of belangrijke functies van de financiële entiteit ondersteunen.

Gelet op het grote belang van het zoveel mogelijk voorkomen van schendingen van mensenrechten en milieuschade, ben ik geneigd de dwingend-rechtelijke eisen die het CSDDD-voorstel van de Europese Commissie stelt

57. HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166, r.o. 3.7.1-3.7.4. Zie voor het vervolg: Hof Den Haag 26 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1854 (tussenarrest). Vgl. ook: Hof Den Haag 26 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1852. Zie voor een eerste analyse van deze laatste twee uitspraken: 't Hart 2023.

58. HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, r.o. 21, 29-31, 33. Zie nader (met verdere verwijzingen): Busch 2023b, p. 228-231 (par. 4.4). Zie bijv. ook: Cherednychenko 2022b.

59. Zie in vergelijkbare zin Lieverse 2020, p. 95 (nr. 64).

aan bestaande of nieuwe contracten tussen grote financiële instellingen en hun klanten ter zake van contractuele garanties als proportioneel te beschouwen. Bovendien zijn grote financiële instellingen enkel verplicht deze garanties te bedingen van niet-mkb-ondernemingen, want alleen zij maken onderdeel uit van de waardeketen van grote financiële instellingen.

Tot slot: de zorgplicht kan eventueel ook verdergaande of andere eisen stellen aan de inhoud van contracten die bestreken worden door DORA (financiële stabiliteit) en de CSDDD (mensenrechten en milieuschade). Aanvullende eisen zouden gelet op het grote belang van financiële stabiliteit, het milieu en mensenrechten in althans de ogen van civiele rechters best eens nodig en daarmee (in hun ogen) proportioneel kunnen zijn, al zou ik ook hier menen dat aan het rechtszekerheidsbeginsel argumenten kunnen worden ontleend dat hiervoor bepaalde randvoorwaarden gelden, óók omwille van de consistentie (zie par. 6.4.2, hierboven).

Hoofdstuk 7

Beëindiging van de overeenkomst, integriteitsrisico's, mensenrechten & milieu

7.1 Inleiding

Ook als het gaat om de beëindiging van contracten zijn financiële instellingen niet geheel vrij. 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 in dit hoofdstuk aan bod.

7.2 Beëindigingsplicht & anti-witwasregels

7.2.1 Algemeen

Als de bank geen toereikend klantonderzoek *kan* doen of als het klantonderzoek (kort gezegd) een negatief resultaat heeft, *moet* de bank de zakelijke relatie beëindigen (art. 5 lid 3 Wwft¹). Het klantonderzoek vindt immers niet enkel plaats bij het aangaan van een zakelijke relatie, maar vormt een doorlopende verplichting.² Artikel 5 lid 3 Wwft is het complement van artikel 5 lid 1 Wwft (weigeringsplicht). Zie over die laatste bepaling hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.2.

1. Gelezen in verbinding met art. 3 lid 1-4 en lid 14 onder (a) Wwft.

2. Zie art. 3 lid 2 onder (d) Wwft.

7.2.2 Onduidelijk verdienmodel & rondpompen van geld

In een civielrechtelijk geschil wil het nog wel eens aankomen op de beantwoording van de vraag of de bank toereikend klantonderzoek heeft kunnen doen gedurende de zakelijke relatie. De bank zal zich dan op het standpunt stellen dat er te weinig informatie is verstrekt om toereikend klantonderzoek te kunnen doen, de zakelijke relatie zal zich juist op het standpunt stellen dat de bank onredelijk heeft gehandeld door te veel informatie te verlangen. Het gros van de in dit kader gepubliceerde rechtspraak gaat over de beëindiging van bankproducten, in het bijzonder betaalrekeningen en aanverwante producten.³ Zodra de bank aankondigt de rekening te willen beëindigen, vordert de klant (meestal in kort geding) dat de bank wordt bevolen de betaalrekening niet te beëindigen en voor onbepaalde tijd voort te zetten. Een voorbeeld van zo'n zaak is de volgende.⁴

Lion Financial Service Holding B.V. (LFS), Lion Investment Group B.V. (LIG) en X (enig (indirect) bestuurder en aandeelhouder van LFS en LIG) bankieren zowel zakelijk als privé bij Rabobank (hierna: de bank). Volgens uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel houdt LIG zich bezig met advisering op het gebied van management en bedrijfsvoering, arbeids-

3. Maar zie bijv. CvB KiFiD 13 februari 2023 (2023-0005) (*Consument/DeGiro*), waarin het niet ging om de opzegging van een bankrelatie, maar van de beëindiging van een beleggingsdienstverleningsrelatie. Overigens werd in die zaak niet (rechtstreeks) getoetst aan art. 5 lid 3 Wwft, maar werd getoetst of DeGiro jegens de consument op redelijke en proportionele wijze gebruik had gemaakt van de in art. 3.2 van de overeenkomst opgenomen bevoegdheid van DeGiro: 'Client research and Appropriateness Test – Client gives DEGIRO explicit consent to conduct Client Research. At the earliest request of DEGIRO, Client will provide the cooperation requested by DEGIRO in relation to Client Research and the Appropriateness Test and truthfully answer the questions asked by DEGIRO' (nr. 5.7 en 5.8). Kortom, in deze zaak werd getoetst aan de contractuele vastlegging tussen partijen van art. 5 lid 3 Wwft. De CvB oordeelde dat de bank in de omstandigheden van het geval geen redelijk en proportioneel gebruik had gemaakt van de haar toekomende bevoegdheid tot klantonderzoek om bij de consument informatie op te vragen over de herkomst van zijn vermogen. In het verlenge hiervan werd geoordeeld dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat zij de overeenkomst met de consument heeft beëindigd op de wijze waarop zij dat heeft gedaan (nr. 5.16).
4. Rb. Amsterdam 28 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3970. Zie bijvoorbeeld ook: Rb. Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4515; Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3373; Rb. Gelderland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:494; Rb. Gelderland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:784; Hof Amsterdam 26 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1263; Hof Amsterdam 17 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1473; Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85; Hof Amsterdam 24 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:138; Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:944; Hof Amsterdam 17 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1473.

bemiddeling en brede administratieve dienstverlening en is LFS een financiële holding.⁵

Bij brief van 21 december 2022 heeft de bank laten weten de relatie met LFS, LIG en X en met de aan X gelieerde vennootschap Advice & Brokerage B.V. per 22 februari 2023 te beëindigen. Ter toelichting staat in de brief het volgende:

‘Voor Rabobank blijft het verdienmodel en de toegevoegde waarde van uw ondernemingen in de keten onduidelijk. Rabobank constateert dat de rekeningen met name worden gebruikt om gelden via verschillende entiteiten rond te pompen, dat kortlopende leningen worden verstrekt en vrijwel direct worden afgelost en dat gelden worden doorgeboekt naar uw particuliere rekeningen bij andere banken.

Rabobank kan de plausibiliteit van de aard en het doel van uw klantrelatie met Rabobank niet vaststellen. U bankiert bij minimaal vier andere banken. Uw rekeningen bij Rabobank worden slechts gedeeltelijk nog actief gebruikt. U heeft een organogram aangeleverd, maar aan de hand van dit organogram kan Rabobank de aard en het doel van de klantrelatie niet verifiëren. Op basis van bovenstaande kan Rabobank haar klantonderzoek niet succesvol afronden waardoor we op grond van de Wwft verplicht zijn de klantrelatie met u op te zeggen.⁶

LFS, LIG en X vorderen in kort geding dat de bank de bankrelatie voortzet. De voorzieningenrechter overweegt en beslist als volgt. De bank heeft voorshands voldoende aannemelijk gemaakt dat zij op grond van artikel 5 lid 3 Wwft tot beëindiging van de relatie met LFS, LIG en X heeft moeten komen. Ter zitting heeft de bank drie voorbeelden genoemd van opmerkelijke transacties waarover zij in haar eerste informatieverzoek al vragen heeft gesteld. Verder heeft de bank voorshands terecht aangevoerd dat ook na het tweede en derde informatieverzoek van de bank onduidelijkheid bleef bestaan over de daadwerkelijke activiteiten en het businessmodel van LFS en LIG en dat er nog terechte twijfels bestonden over de legitimiteit en plausibiliteit van een aantal transacties. Omdat voorshands sprake is van een verplichte opzeggingsgrond die voortvloeit uit de Wwft kan niet worden gezegd dat opzegging in strijd is met artikel 35 Algemene Bankvoorwaarden (ABV) of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid on-

5. Rb. Amsterdam 28 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3970, r.o. 2.1 en 2.2.

6. Rb. Amsterdam 28 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3970, r.o. 2.9.

aanvaardbaar is. De vorderingen van LFS, LIG en X tot voortzetting van de bankrelatie worden afgewezen.⁷

7.3 Beëindigingsplicht & trustkantoren

In hoofdstuk 3 is besproken dat de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018) bepaalde soorten dienstverlening door trustkantoren inmiddels heeft verboden, te weten: (1) het aanbieden van doorstroomvennootschappen (art. 3a Wtt 2018), (2) trustdienstverlening aan cliënten, doelvennootschappen, uiteindelijk belanghebbenden van cliënten en uiteindelijk belanghebbenden van doelvennootschappen woonachtig of gevestigd in, of die hun zetel hebben in, (i) Rusland of Belarus, (ii) derde-hoogrisicolanden, en/of (iii) landen die op de lijst staan van non-coöperatieve landen op belastinggebied (art. 23a lid 1 Wtt 2018). Aldaar werd besproken dat al deze verboden tot weigeringsplichten kunnen leiden.

Maar evenzo kunnen deze verboden ertoe leiden dat trustkantoren afscheid moeten nemen van klanten. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn omdat de lijst met derde-hoogrisicolanden of non-coöperatieve landen op belastinggebied wordt uitgebreid met nieuwe landen. Gerekend vanaf het moment waarop een land is toegevoegd aan een dergelijke lijst heeft het trustkantoor dan drie maanden om afscheid te nemen van de cliënt.⁸ Een beëindigingsplicht dus.

Het verbieden van bepaalde dienstverlening kan op gespannen voet staan met de Sanctiewet 1977 (Sw) en daaronder vallende regelgeving. Artikel 23a lid 1 onder sub (a) en (b) Wtt 2018 bepaalt immers voor zover hier van belang dat het een trustkantoor verboden is een trustdienst te verlenen indien cliënten, doelvennootschappen, uiteindelijk belanghebbenden van cliënten en uiteindelijk belanghebbenden van doelvennootschappen woonachtig of gevestigd zijn of hun zetel hebben in Rusland of Belarus. Op grond van de Wtt 2018 zou men dus zeggen dat trustkantoren relaties met deze klanten moeten beëindigen. De Sw en de daaronder vallende internationale sancties tegen Rusland gaan er evenwel van uit dat in geval een cliënt op een sanctielijst is geplaatst de tegoeden van de betrokkene worden bevroren en dienstverlening alleen mogelijk is op basis van een ontheffing. Tegelijk is het uitgangspunt dat de relatie wél aangehouden wordt en dus geen afscheid wordt genomen van de cliënt, omdat met het opzeggen van de cliëntrelatie mogelijk gelden beschikbaar komen voor een gesanctioneerde entiteit of persoon. Daarmee blijft zicht op de gesanctioneerde persoon en het betrokken vermogen. Daarom zijn de verboden niet van toepassing in

7. Rb. Amsterdam 28 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3970, r.o. 4.4, 4.5, 4.7 en 5.1.

8. Art. 23a lid 4 Wtt.

het geval de cliënt, de doelvennootschap, de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt of de uiteindelijk belanghebbende van de doelvennootschap op sanctielijsten worden geplaatst. In dat geval wordt de cliëntrelatie aangehouden totdat de sanctieregelgeving niet meer van toepassing is en geldt vervolgens een periode van drie maanden om afscheid te nemen van de cliënt.⁹

7.4 Beëindigingsplicht & mensenrechten en milieu

In de hoofdstukken 3 en 6 passeerde het omstreden voorstel van de Europese Commissie ter zake van de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) al de revue.¹⁰ Voor zover hier van belang moeten grote bedrijven die gevestigd of actief zijn in de EU¹¹ bij zichzelf, bij dochterondernemingen en in de waardeketen onderzoek (due diligence) doen naar feitelijke en potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en het milieu.¹²

Als het aan de Europese Commissie ligt, komen ook grote banken en vele andere grote financiële instellingen onder de CSDDD te vallen en moeten zij dus eveneens voldoen aan de zojuist geschetste due diligenceverplichtingen.¹³ ‘Waardeketen’ wordt in relatie tot grote banken en de andere grote financiële instellingen die onder de CSDDD vallen, kort gezegd gedefinieerd als de verstrekking van leningen, kredieten en andere financiële diensten

9. Art. 23a lid 2 Wtt 2018. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36102, nr. 3, p. 4.

10. Zie voor het voorstel van de Europese Commissie: COM/2022/71 def. (hierna: CSDDD). Zie in dit verband ook het Nederlandse voorstel ter zake van de Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen, dat in dezelfde richting gaat als de CSDDD. Zie voor het naar aanleiding van opmerkingen van de Raad van State aangepaste wetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting: *Kamerstukken II 2022/23*, 25761, nr. 9 (gewijzigd wetsvoorstel) en nr. 10 (toelichting op gewijzigd wetsvoorstel). Zie over de CSDDD bijv. de diverse bijdragen aan de special van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 5; Cherednychenko 2022a; De Kluiver 2023. NB: de Raad en het Europees Parlement hebben inmiddels ieder een eigen doorlopende tekst van de CSDDD gepubliceerd. De teksten van de Europese Commissie, de Raad en het Europees Parlement verschillen onderling. In dit preadvies houd ik zoals eerder opgemerkt de tekst van de Europese Commissie aan. Zie voor de CSDDD-versies van de Raad en het Europees Parlement: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15024_2022_REV_1 (Raad); eerstekamer.nl/eu/documenteu/p9_ta_2023_0209_amendementen_van/f=vm3okpcwawo1.pdf (Europees Parlement).

11. Grote bedrijven zijn bedrijven die bepaalde drempelwaarden overschrijden. Zie voor de exacte vereisten art. 2 CSDDD.

12. Art. 4 gelezen in verbinding met art. 5-11 CSDDD. Daarnaast bevat de CSDDD voor de grootste bedrijven de verplichting een Climate Change Action Plan (CCAP) te hebben, zie art. 15 CSDDD.

13. Zie voor de complete lijst van financiële instellingen die onder de CSDDD vallen: art. 3 punt (a)(iv) CSDDD juncto art. 2. NB: de Raad wil dat de lidstaten zelf kunnen bepalen of de financiële sector onder het bereik van de CSDDD komt te vallen (lidstaattoptie). Zie art. 2 lid 8 van de CSDDD-versie van de Raad.

aan ondernemingen met uitzondering van bedrijven behorend tot het midden- en kleinbedrijf (mkb).¹⁴ De due diligenceverplichting geldt voor grote financiële instellingen dus enkel in relatie tot niet-mkb-ondernemingen.

Toegespitst op grote financiële instellingen werkt het due diligenceonderzoek kort gezegd als volgt. Als het due diligenceonderzoek van de grote financiële instelling uitwijst dat bij een bestaande of nieuwe klant (zijnde een niet-mkb-onderneming) sprake is van feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en/of het milieu, dan moet de grote financiële instelling proberen deze effecten te beëindigen, beperken of voorkomen door diverse in de CSDDD opgesomde maatregelen, zoals 'in voorkomend geval' (1) de ontwikkeling en uitvoering van een preventief of corrigerend actieplan en (2) het vragen van contractuele garanties aan de bestaande of nieuwe klant (zijnde een niet-mkb-onderneming). Als de feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en/of het milieu evenwel niet beëindigd, beperkt of voorkomen kunnen worden, dan moet de grote financiële instelling afzien van het aangaan van de nieuwe relatie of het uitbreiden van de bestaande relatie.¹⁵ Kortom, wettelijke weigeringsplichten (al gelden die dus enkel in relatie tot niet-mkb-ondernemingen, omdat alleen zij onderdeel uitmaken van de waardeketen van een grote financiële instelling).

Maar dat is nog niet alles. De CSDDD legt onder omstandigheden ook een verplichting op aan grote ondernemingen om contractuele relaties te beëindigen. Als de feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en/of het milieu niet beëindigd, beperkt of voorkomen kunnen worden, dan moet de grote onderneming ook de volgende maatregelen nemen: (a) de commerciële relaties met de partner in kwestie tijdelijk opschorten, (b) de zakelijke relatie met betrekking tot de betrokken activiteiten beëindigen als het feitelijke of potentiële negatieve effect ernstig is.¹⁶

14. Art. 3 punt (g) CSDDD.

15. Art. 7 lid 5 en lid 1-4 (preventie van potentiële negatieve effecten) en art. 8 lid 6 en lid 3-5 (beëindiging van feitelijke negatieve effecten) CSDDD.

16. Art. 7 lid 5 en lid 1-4 (preventie van potentiële negatieve effecten) en art. 8 lid 6 (beëindiging van feitelijke negatieve effecten) en lid 1-5 CSDDD. Overigens gelden de beide geschetste opties enkel dan als de wetgeving die op hun relaties van toepassing is dit toestaat. Het Nederlandse voorstel ter zake van de Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen bepaalt onder meer dat een onderneming (hieronder vallen ook financiële instellingen, zie art. 1.1 onder (l) onder 3°) zorgt voor een adequate aanpak van de gevonden potentiële en daadwerkelijke risico's op nadelige gevolgen voor mensenrechten en het milieu en stelt daartoe een plan van aanpak op om die risico's op nadelige gevolgen van haar activiteiten en die van zakenrelaties te voorkomen, te beperken of te beëindigen (art. 2.4.1). Als de inspanningen van een onderneming om de nadelige gevolgen van een activiteit van zakenrelaties te voorkomen, te beperken of te beëindigen, geen resultaat opleveren, beëindigt de onderneming uiteindelijk, al

Voor grote financiële instellingen geldt evenwel een afwijkende regeling. Wanneer zij krediet, leningen of andere financiële diensten verstrekken, zijn zij niet verplicht de overeenkomst inzake het krediet, de lening of een andere financiële dienst te beëindigen, indien redelijkerwijs kan worden verwacht dat dit aanzienlijke schade zal toebrengen aan de entiteit waaraan deze dienst wordt verstrekt.¹⁷ Valt dit niet redelijkerwijs te verwachten, dan geldt optie (b) (beëindigen) onverkort, met dien verstande dat dit alles voor grote financiële instellingen hoe dan ook enkel geldt in relatie tot niet-mkb-ondernemingen, omdat alleen zij onderdeel uitmaken van de waardeketen van een grote financiële instelling.¹⁸

7.5 Bevoegdheid van de bank om een basisbetaalrekening te beëindigen

7.5.1 De basisbetaalrekening voor consumenten

De gronden waarop de bank een basisbetaalrekening *kan* (niet: *moet*) beëindigen zijn limitatief in de wet opgenomen (art. 4:71i Wft). Deze gronden overlappen met de gronden waarop de bank een basisbetaalrekening moet of mag weigeren (art. 4:71g Wft).¹⁹

De regeling van artikel 4:71i Wft bepaalt (kort gezegd) het volgende. Een bank kan een overeenkomst met de houder van de basisbetaalrekening of een raamovereenkomst waarin toegang tot een basisbetaalrekening wordt geregeld eenzijdig beëindigen indien de houder van die rekening: (a) gedurende meer dan 24 opeenvolgende maanden op de basisbetaalrekening geen transacties heeft verricht; (b) een tweede basisbetaalrekening heeft bij een andere in Nederland gevestigde bank; (c) niet langer rechtmatig in de Europese Unie verblijft; (d) onherroepelijk is veroordeeld voor financiële

dan niet tijdelijk, op verantwoorde wijze de relatie met een zakenrelatie (art. 2.4.4). Met dit voorschrift strookt een beëindigingsplicht zoals opgenomen in de CSDDD, zodat ik niet onmiddellijk verwacht dat Nederland geen wettelijke basis zal creëren om dit mogelijk te maken, althans niet als het Nederlandse voorstel op dit punt ongeschonden de eindstreep haalt (dat is overigens niet zeker). Zie voor het naar aanleiding van opmerkingen van de Raad van State aangepaste wetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting: *Kamerstukken II* 2022/23, 25761, nr. 9 (gewijzigde wetsvoorstel) en nr. 10 (toelichting op gewijzigd wetsvoorstel).

17. Art. 7 lid 6 en art. 8 lid 7 CSDDD.

18. NB: in de CSDDD-versie van de Raad is beëindiging door financiële instellingen niet verplicht. Zij mogen (in plaats van beëindiging) er ook voor kiezen het feitelijke negatieve effect te monitoren en zich ervoor in te spannen die effecten te voorkomen of te verlichten/die effecten te beëindigen of tot een minimum te beperken, zie art. 7 lid 6 en art. 8 lid 7 van de CSDDD-versie van de Raad.

19. Zie daarover hfdst. 4, par. 4.2.1.

misdriven²⁰; (e) onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt om toegang tot de basisbetaalrekening te verkrijgen en verstrekking van de juiste en volledige informatie ertoe zou hebben geleid dat de bank het openen van een basisbetaalrekening zou hebben geweigerd op grond van artikel 4:71g (waaronder het geval dat de bank de opening had moeten weigeren omdat zij bij opgave van juiste en volledige informatie niet had kunnen voldoen aan de Wwft²¹); of (f) de basisbetaalrekening opzettelijk heeft gebruikt voor het plegen van strafbare feiten.²²

Als de bank voornemens is de overeenkomst te beëindigen op grond van een of meer van de situaties beschreven onder (a), (b) of (c) van de vorige alinea, stelt zij de rekeninghouder twee maanden voor de beëindiging van de overeenkomst hiervan in kennis.²³ Als de bank de overeenkomst beëindigt op grond van een of meer van de situaties beschreven onder (d), (e) of (f) van de vorige alinea, beëindigt zij de overeenkomst onmiddellijk en stelt zij de rekeninghouder hiervan in kennis.²⁴ Als de bank de basisbetaalrekening beëindigt, doet zij dit schriftelijk, kosteloos en onder opgave van redenen (tenzij dit laatste in strijd zou zijn met de Wwft, met de nationale veiligheid of de openbare orde), en brengt de bank de aanvrager op de hoogte van (1) de interne klachtenprocedure; (2) het recht van de consument om een klacht in te dienen bij de AFM en het KiFiD, met vermelding van de contactgegevens van de AFM en het KiFiD.²⁵

Uit de regeling van artikel 4:71i Wft mag worden afgeleid dat de bank dus niet bevoegd is de basisbetaalrekening eenzijdig te beëindigen als zich niet een of meer van de in artikel 4:71i lid 1 Wft opgenomen gronden voordoet. Kortom, als de bank meent dat zich een integriteitsrisico (of een andere omstandigheid) voordoet en zij uit dien hoofde wil beëindigen, maar dit risico (of die andere omstandigheid) onverhoopt niet valt binnen een of meer van de wettelijke beëindigingsgronden, mag de bank dus niet beëindigen. Dit is uiteraard niet anders als de bank ruimere eenzijdige beëindigingsrechten zou hebben bedongen. Aldus wordt de vrijheid van de bank om de basisbetaalrekening eenzijdig te beëindigen aan banden gelegd.

20. Te weten: een misdrijf als bedoeld in art. 225 (valsheid in geschrifte), 227a (opzettelijk niet naar waarheid gegevens verstrekken anders dan door valsheid in geschrifte), 326 (oplichting), 341 (bedrieglijke bankbreuk), 420 bis (witwassen) of 420 ter (witwassen) Sr., zie art. 4:71g lid 2 onder (c) Wft.

21. Art. 4:71g lid 1 Wwft.

22. Art. 4:71i lid 1 Wft.

23. Art. 4:71i lid 2 Wft.

24. Art. 4:71i lid 3 Wft.

25. Art. 4:71i lid 4 en art. 4:71h lid 3 Wft.

7.5.2 De Belgische basisbetaalrekening voor ondernemingen

In België hebben ondernemingen (en diplomatieke zendingen) sinds 26 januari 2023 een wettelijk verankerd recht op een basisbetaalrekening (in België wordt dit de basisbankdienst genoemd). Dit is in hoofdstuk 4, paragraaf 4.5 besproken.

De Belgische regeling voorziet ook in limitatieve gronden waarop de basisbetaalrekening weer kan worden opgezegd door de bank: (1) een lid van het wettelijke bestuursorgaan van de onderneming of de persoon belast met de effectieve leiding of een lid van het directiecomité is veroordeeld voor oplichting, misbruik van vertrouwen, bedrieglijke bankbreuk of valsheid in geschrifte; (2) er is gedurende meer dan 12 opeenvolgende maanden geen betalingstransactie verricht op de betaalrekening; (3) er is onjuiste informatie verstrekt om de basisbankdienst te verkrijgen; als wel juiste informatie zou zijn verstrekt, zou de bank de dienst hebben geweigerd; (4) in België of in een andere lidstaat is er al een betaalrekening waarmee gebruik kan worden gemaakt van bankdiensten; (5) verlening van de basisbankdienst is een schending van de wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten. De basisbankdientaanbieder moet de beslissing tot opzegging schriftelijk meedelen. Ze moet haar beslissing bovendien motiveren en rechtvaardigen, behalve indien ze strijdig zou zijn met de wetgeving over de bestrijding van terrorisme en het witwassen van geld.²⁶

Het is duidelijk dat de Belgische regeling aansluit bij de hierboven in paragraaf 7.5.1 besproken beëindigingsgronden zoals die ook in België gelden uit hoofde van de nationale omzetting van Richtlijn betaalrekeningen (Payment Accounts Directive, PAD).²⁷

7.6 Contractuele opzeggingsbevoegdheid & bancaire relaties

7.6.1 Algemeen

Hierboven ging het steeds om gevallen waarin de financiële instelling wettelijk verplicht is het contract te beëindigen (par. 7.2-7.4) dan wel duidelijk is dat de financiële instelling enkel mag beëindigen op limitatief in de wet opgesomde situaties (par. 7.5). In het navolgende bespreek ik geval-

26. Zie de Wet van 8 november 2020 tot wijziging van het Wetboek economisch recht, inwerkingtreding per 1 mei 2021 (met name art. VII.59/4-59/8) en KB van 16 december 2022, *Belgisch Staatsblad* 16 januari 2023, 6485. Zie hierover: economie.fgov.be/nl/themes/financiele-diensten/betalingsdiensten/basisbankdienst/basisbankdienst-voor-0.

27. Art. 19 Richtlijn 2014/92/EU.

len waarin de financiële instelling wil beëindigen op grond van integriteitsrisico's en hiertoe ook bevoegd is op grond van de contractvoorwaarden en er ook geen specifiek wettelijk voorschrift in de weg staat aan beëindiging, maar dit volgens de civiele rechter toch niet is toegestaan, althans niet zonder meer.

In de lagere rechtspraak zien we dat ter beantwoording van de vraag of een bank zakelijke relaties (in het bijzonder zakelijke betaalrekeningen) terecht heeft beëindigd, de maatstaf wordt toegepast die de Hoge Raad in *ING/De Keijzer* formuleerde voor het beëindigen van zakelijke kredietovereenkomsten.²⁸ Volgens dat arrest hebben banken weliswaar het recht op grond van een contractuele bevoegdheid een zakelijke kredietovereenkomst op te zeggen, maar deze opzegging kan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW. Binnen deze toets mag de rechter betekenis toekennen aan de algemene zorgplicht van artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV).²⁹

In abstracto lijkt het gelet op de maatstaf uit *ING/De Keijzer* eenvoudiger om zakelijke betaalrekeningen op te zeggen dan om zakelijke betaalrekeningen te weigeren, zelfs als de relatie met de zakelijke klant eerder op rechtsgeldige wijze is opgezegd door de bank (zoals aan de orde was in *Yin Yang*³⁰). Voor opzegging geldt immers dat deze alleen dan niet rechtsgeldig is als de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, waarbij ook de *algemene* zorgplicht een rol mag spelen. Of een bank een betaalrekening mag weigeren wordt (zelfs als de relatie met de zakelijke klant eerder op rechtsgeldige wijze is opgezegd door de bank) bepaald door het leerstuk van de *bijzondere* zorgplicht jegens derden.³¹ Juridisch-dogmatisch verschillende benaderingen, maar of zij in concreto echt tot andere resultaten leiden valt te betwifelen.

Uit *Yin Yang* blijkt dat de beantwoording van de vraag of een betaalrekening moet worden aangeboden aan een niet-consument neerkomt op een afweging tussen enerzijds de belangen van de zakelijke klant en anderzijds de belangen van de bank, waarbij het belang van de klant om te kunnen beschikken over een betaalrekening zwaar weegt.³² De maatstaf uit *ING/De Keijzer* lijkt op het eerste gezicht meer armslag te bieden voor de bank, want uitoefening van een contractueel bedongen opzeggingsrecht is enkel

28. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929.

29. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, r.o. 3.5.2 en 3.5.4. Zie over *ING/De Keijzer* bijv. Biemans & Van Schaick 2021.

30. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652. Zie nader hfdst. 4, par. 4.3.

31. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652. Zie nader hfdst. 4, par. 4.3.

32. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652. Zie nader hfdst. 4, par. 4.3.

dan niet gerechtvaardigd als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Toch blijkt uit de lagere rechtspraak dat civiele rechters ook bij de opzegging van zakelijke bankrelaties, in het bijzonder zakelijke betaalrekeningen, een belangenafweging maken, waarbij het belang van de niet-consument om te kunnen beschikken over een betaalrekening zwaar weegt. Dat is ook wel begrijpelijk. Het zou immers vreemd zijn als opzegging eenvoudiger is dan het verkrijgen van een bankrekening. In dat geval zouden banken immers een eenmaal verstrekte betaalrekening gewoonweg weer op kunnen zeggen.³³ Ik geef vier voorbeelden uit de lagere rechtspraak waarin rechters (al dan niet impliciet) de maatstaf uit *ING/De Keijzer* toepassen ter beantwoording van de vraag of een zakelijke bankrelatie (in het bijzonder een zakelijke betaalrekening) mag worden opgezegd, maar materieel (en al dan niet impliciet) dezelfde toets aanleggen als die welke ter zake van het aanbieden van een betaalrekening volgt uit *Yin Yang*.³⁴

7.6.2 Witwassen en het faciliteren van illegale wietteelt?

De bankrelatie met een groothandel die via een viertal besloten vennootschappen actief is in de productie, ontwikkeling en verkoop van tuinbouw- en aanverwante producten (hierna: de cliënt) wordt door ABN AMRO (hierna ook: de bank) opgezegd met als redengeving dat (1) cliënt haar niet in staat heeft gesteld om aan haar uit de Wwft voortvloeiende verplichting tot het verrichten van cliëntenonderzoek te voldoen, en (2) er concrete aanwijzingen zijn dat de bedrijfsvoering van de cliënt reputatie- en integriteitsrisico's voor haar oplevert, omdat de onderneming zich mogelijk schuldig zou maken aan witwassen en het faciliteren van illegale wietteelt.³⁵

De cliënt vordert daarop in kort geding (kort gezegd) een voorziening die ertoe strekt dat de bancaire dienstverlening door de bank wordt voortgezet totdat in een bodemprocedure zal zijn beslist of de bank in de gegeven omstandigheden gerechtigd was om deze te beëindigen. De voorzieningenrechter is in haar vonnis tot de (voorlopige) slotsom gekomen dat de bank haar bancaire relatie met de cliënt mocht opzeggen en dat ook een afweging van de belangen van partijen niet tot het treffen van een voorziening aanleiding geeft, en heeft de vordering dus afgewezen.³⁶ In het hoger beroep

33. Aldus ook Lieveise 2022, p. 130-131; Van der Beek & Kolstee 2022, p. 218; Haentjens 2023, p. 132.

34. Dit zijn slechts enkele voorbeelden uit zeer vele. Zie voor meer relevante lagere rechtspraak bijvoorbeeld: Bertrams & Hekman 2020; Haasjes & Heezen 2023; 't Hart 2021, p. 159 e.v.; 't Hart 2022; Houben 2020; Lieveise & Louisse 2019, p. 55 e.v.

35. Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, r.o. 2.1-2.2 en 3.5.

36. Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, r.o. 3.1.

van het kort geding loopt het anders en worden de voorlopige voorzieningen deels toegewezen. Het hof overweegt daartoe kort gezegd als volgt.

Het Amsterdamse hof stelt voorop dat het in de huidige samenleving voor rechtspersonen vrijwel onmogelijk is om zonder betaalrekening deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en om een bedrijf te exploiteren. De maatschappelijke positie van een bank als ABN AMRO alsmede de jegens klanten in acht te nemen zorgplicht (onder meer art. 2 Algemene Bankvoorwaarden, ABV), kan meebrengen dat zij rechtspersonen tot die deelname en exploitatie in staat moet (blijven) stellen en dat de uitoefening van haar (uit art. 35 ABV voortvloeiende) contractuele bevoegdheid om de bancaire relatie met deze op te zeggen/te beëindigen in zoverre beperking ondervindt. In zijn arrest van 5 november 2021 (*Yin Yang*) heeft de Hoge Raad in een zaak die betrekking had op het niet beschikken over betaalrekeningen door rechtspersonen gewezen op de wettelijke verplichting voor de banken zoals die krachtens artikel 4:71f Wft ten aanzien van consumenten geldt, en het arrest van dit hof waarin bij die bepaling aansluiting was gezocht bekrachtigd.³⁷

De cliënt heeft naar het oordeel van het hof voorshands voldoende aannemelijk gemaakt dat de beëindiging van de bancaire relatie door de bank met grote waarschijnlijkheid tot gevolg zal hebben dat zij niet meer over betaalrekeningen zullen kunnen beschikken en dat hun deelname aan het maatschappelijk verkeer daarmee gevaar loopt en vermoedelijk zelfs feitelijk onmogelijk wordt.³⁸

Het hof komt verder tot het oordeel dat niet is gebleken dat de bank niet de mogelijkheid werd geboden om adequaat cliëntonderzoek te doen. Dat sprake is van acuut en onacceptabel gevaar voor illegale activiteiten is voorsnog onvoldoende aannemelijk geworden.³⁹ Dat de bank (in art. 35 ABV) een opzegbevoegdheid heeft bedongen en dat bij gebruikmaking daarvan de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW geldt, leidt niet zonder meer tot het honoreren van haar standpunt in dit geval, waar zij zich nadrukkelijk beroept en steeds heeft beroepen op een verplichting tot opzegging ex artikel 5 lid 3 Wwft.⁴⁰

Hoewel niet ondenkbaar is dat de uitkomst van de bodemprocedure zal zijn dat de bank in de gegeven omstandigheden gerechtigd was om haar bancaire relatie met cliënten op te zeggen komt het hof, alles overwegend,

37. Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, r.o. 3.3.

38. Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, r.o. 3.4.

39. Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, r.o. 3.6.

40. Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, r.o. 3.7, 1^e alinea.

tot de slotsom dat cliënt de kans moet worden geboden om het geschil met de bank over voortzetting van de bancaire dienstverlening aan de bodemrechter voor te leggen. Daarbij spelen de volgende elementen een rol: (1) de door de cliënt aan de orde gestelde vragen over de aard, omvang en wijze van beschikbaar maken van de in het kader van een klantonderzoek aan de bank te verschaffen gegevens; (2) de vraag wanneer een cliëntenonderzoek in redelijkheid als verricht in de zin van artikel 3 lid 1 Wvft heeft te gelden; (3) en voorts, (nog) meer principieel, of het — mede gelet op in verdragen neergelegde fundamentele rechtsbeginselen — reeds bij een verdenking van betrokkenheid bij illegale activiteiten van een onderneming zoals die zich hier voordoet, aan de bank vrijstaat om door het ontzeggen van toegang tot het giraal betaalverkeer het verder functioneren van die onderneming te beletten.⁴¹

Cliënten hebben voldoende toegelicht dat, om een bodemprocedure te kunnen voeren, handhaving van de status quo in die zin vereist is dat cliënten hun bedrijfsactiviteiten kunnen blijven uitoefenen en daartoe blijven beschikken over bruikbare zakelijke betaalrekeningen. Dat er ook een klemmende behoefte bestaat aan de overige producten die tot de door de bank geboden dienstverlening behoren is door cliënten onvoldoende toegelicht. Het gaat daarbij om de volgende producten: (i) leningen, (ii) Vreemde Valutarekening; (iii) Zakelijk Flexibel Sparen rekening, (iv) Chartale Contracten; (v) het contract Tikkie Internet Bankieren; (vi) de ICS card.⁴²

Gelet op het voorgaande heeft het hof een voorziening gegeven die inhoudt dat de bank haar dienstverlening voortzet wat het beschikbaar stellen van (zakelijke) betaalrekeningen aan cliënt betreft. Daarbij hoort het geven van toegang tot gegevens via het internet en/of mobiel bankieren en het ongehinderd gebruik van betaalpassen. Deze voorziening komt echter weer te vervallen als niet binnen vier weken na de datum van het arrest van het hof door cliënt een bodemprocedure aanhangig is gemaakt.

7.6.3 Trustkantoren

Ook bankrelaties met trustkantoren worden nog wel eens beëindigd omwille van integriteitsrisico's. Dat blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 2 maart 2022.⁴³ Het stond vast dat ING (hierna: de bank) volgens het contract bevoegd was de bankrelatie met CIS

41. Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, r.o. 3.7, 2^e alinea.

42. Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, r.o. 3.8.

43. Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945.

Management B.V. (hierna: het trustkantoor) op te zeggen.⁴⁴ De bank heeft aan haar opzegging een algemene beleidswijziging ten grondslag gelegd. Zij schrijft in haar opzeggingsbrief van 12 december 2019:

‘ING Nederland (“ING”) heeft na zorgvuldige afweging van alle belangen besloten de relaties met trustkantoren te beëindigen. (...) Het verhoogd risico ten aanzien van trustdoelvennootschappen, maakt dat ook trustkantoren zelf een verhoogd risico opleveren. Immers, trustdoelvennootschappen behoren tot de klantgroep waaraan trustkantoren hun diensten verlenen. Daarbij komt de (aanhoudende) politieke en maatschappelijke discussie over de dienstverlening van de trustsector. (...) Het verhoogd risicoprofiel van partijen die actief zijn in de trustsector, mede gezien vanuit de huidige maatschappelijke ontwikkelingen, past niet langer bij het risico dat ING bereid is te aanvaarden.’⁴⁵

Het trustkantoor heeft vervolgens een kort geding aanhangig gemaakt en daarin gevorderd dat de vier bankrekeningen open worden gehouden totdat hierover in een bodemprocedure is beslist. De voorzieningenrechter wijst die vordering toe.⁴⁶ In de bodemprocedure wordt het trustkantoor in het gelijk gesteld. De uitspraak wordt als volgt gemotiveerd.

De bank heeft in algemene bewoordingen onderbouwd waarom trustkantoren (en niet alleen trustdoelvennootschappen) voor haar een verhoogd integriteitsrisico opleveren. Hierbij heeft voor de bank ook meegespeeld dat het trustkantoor klanten bedient uit de voormalige Sovjet-Unie, want het risico dat men in deze landen met crimineel geld te maken krijgt is groter dan normaal. De bank heeft echter geen concrete incidenten aan de opzegging ten grondslag gelegd. Zij heeft ook niet onderbouwd waarom ten aanzien van het trustkantoor sprake is van verhoogde integriteitsrisico's. Van een individuele belangenafweging is dus niet gebleken, terwijl dat op grond van haar maatschappelijke zorgplicht wel van de bank mocht worden verwacht. Dit is volgens de rechtbank des te ernstiger omdat sprake is van bijzondere omstandigheden, want het trustkantoor kan bij geen enkele andere bank een rekening openen. Als de bank de bankrelatie niet voortzet kan het trustkantoor dus niet meer deelnemen aan het betalingsverkeer, waardoor zij haar onderneming niet kan voortzetten. Het belang van het

44. Op grond van art. 35 van de Algemene Bankvoorwaarden en art. 7.3 van de Voorwaarden Zakelijke Rekening, zie Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 4.1.

45. Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 5.6.

46. Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 2.12.

trustkantoor bij voortzetting van de klantrelatie met de bank ter zake haar bankrekeningen weegt dus zeer zwaar.⁴⁷

Daar staat tegenover het belang van de bank. Dat belang is tweeledig: enerzijds wil de bank een beleidswijziging doorvoeren als gevolg waarvan zij geen diensten meer wil verlenen aan de trustsector en anderzijds stelt zij ten aanzien van trustkantoren in haar klantenportefeuille niet meer aan haar verplichtingen onder de Wwft te kunnen voldoen en integriteitsrisico's te lopen.⁴⁸

De contractvrijheid is ook voor banken het uitgangspunt, maar die vrijheid is niet onbegrensd. In dit geval schrijft de bank in haar brief dat zij heeft besloten de relatie met trustkantoren te beëindigen. Gebleken is echter dat de bank haar relatie met diverse andere trustkantoren juist voortzet. Het trustkantoor heeft zich bereid verklaard om eventueel aan nadere voorwaarden te voldoen om tot de groep van trustkantoren te gaan behoren waarmee de dienstverlening wél wordt voortgezet. De bank heeft echter niet laten weten welke aanvullende voorwaarden zij stelt en heeft ook naar aanleiding van vragen van de rechtbank haar beleid niet kenbaar gemaakt of geconcretiseerd. Nu dus niet blijkt dat en waarom juist het trustkantoor niet aan het beleid van de bank voldoet, kan deze omstandigheid, hoewel de contractvrijheid op zichzelf dus zwaarwegend is, geen gewicht in de schaal leggen.⁴⁹

Het belang van de bank om aan toezichtrechtelijke eisen te kunnen voldoen is op zichzelf ook een zwaarwegend belang. De bank heeft evenwel erkend dat het trustkantoor ten tijde van de opzegging (de rechtbank toetst immers *ex tunc*) voldeed aan wet- en regelgeving en dat er geen incidenten bekend waren die maakten dat de bank niet aan haar toezichtrechtelijke eisen kon voldoen. Daar komt bij dat de bank geen gebruik heeft gemaakt van het aanbod van het trustkantoor, dat zelf ook onder toezicht staat van DNB en aan dezelfde wetgeving moet voldoen, om de bank waar mogelijk te faciliteren bij haar verplichtingen onder de toezichtwetgeving. Dat er reuring is in de maatschappij over de trustsector in het algemeen, betekent wellicht dat de bank een reputatierisico loopt, maar niet valt in te zien waarom dit juist voor dienstverlening aan het trustkantoor geldt, want de bank houdt andere trustkantoren wel als klant. Ook dit belang legt dus te weinig gewicht in de schaal.⁵⁰

47. Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 5.6-5.7.

48. Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 5.8.

49. Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 5.9.

50. Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 5.10.

De rechtbank concludeert dat de bank geen individuele belangenafweging heeft gemaakt en dat de belangen die de bank heeft aangevoerd niet in verhouding staan tot het zwaarwegende belang van het trustkantoor bij het hebben van een bankrekening en voortzetting van haar onderneming.⁵¹

De rechtbank oordeelt onder meer dat de bank (i) bij de opzegging van de bancaire relatie met het trustkantoor in strijd heeft gehandeld met haar zorgplicht, althans dat de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is; en (ii) de bank haar dienstverlening aan het trustkantoor voor onbepaalde tijd moet voortzetten.⁵²

7.6.4 Advocatenkantoren

De advocatuur wordt doorgaans niet beschouwd als een integriteitsgevoelige sector. Toch werd ook een bekend advocatenkantoor op Curaçao geconfronteerd met de opzegging van een betaalrekening. Naast betaalrekeningen bij lokale grootbanken en een dollarrekening bij een Amerikaanse bank (First American Bank), houdt het kantoor een betaalrekening aan bij een Nederlandse bank (ABN AMRO, hierna: de bank). Op grond van het contract mag de bank de bancaire relatie opzeggen zonder opgave van reden en met inachtneming van een termijn van dertig dagen. In een brief van 3 maart 2021 heeft de bank de relatie opgezegd per 1 september 2021:

‘(...) Zoals telefonisch met u besproken, hebben wij helaas moeten besluiten om onze dienstverlening aan uw onderneming in Curaçao per 1 september 2021 te beëindigen. De reden hiervoor is dat de kosten van onze dienstverlening aan buitenlandse klanten aanzienlijk zijn gestegen.

(...)

Waarom stopt de dienstverlening?

We passen ons buitenlands beleid aan omdat we moeten voldoen aan steeds strengere Nederlandse, internationale én lokale wet- en regelgeving. Voor buitenlandse klanten maken we hierdoor veel kosten. Bijvoorbeeld voor het doen van klant- en transactieonderzoek om witwassen en andere vormen van fraude te voorkomen. Daarbij zijn onze Commercial Banking-klanten verspreid over meer dan 100 landen, waardoor de toetsing op lokale wetten en regels een kostbare kwestie is. Helaas kunnen wij hierdoor onze dienstverlening aan uw onderneming niet voortzetten. (...)’⁵³

51. Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 5.11.

52. Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 6.1-6.3.

53. Rb. Amsterdam, 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, r.o. 2.1, 2.4-2.6.

Het advocatenkantoor vordert daarop in kort geding voortzetting van de bankrelatie. De voorzieningenrechter verbiedt de bank uitvoering te geven aan de opzegging en bepaalt dat het advocatenkantoor aan deze veroordeling geen rechten kan ontleen als zij de bodemprocedure niet uiterlijk zes weken na de vonnisdatum bij de rechtbank Amsterdam aanbrengt.⁵⁴ In de bodemprocedure wijst de rechtbank de vordering evenwel af en motiveert deze afwijzing als volgt.⁵⁵

De rechtsgeldigheid van de beëindiging van de overeenkomst inzake betaaldiensten door een bank wordt niet alleen bepaald door hetgeen uitdrukkelijk is overeengekomen, maar ook door de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW. Dit betekent dat de beëindiging niet rechtsgeldig is als gebruikmaking van de overeengekomen opzegbevoegdheid, gelet op de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁵⁶

Om te bepalen of sprake is van een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare opzegging, moet de rechter een belangenafweging maken, waarbij de opzegging onder andere moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de zorgplicht uit artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden. Het belang om deel te nemen aan het betalingsverkeer voor de rekeninghouders wordt meegewogen. De belangenafweging is concreet een afweging van het belang van de bank bij de opzegging tegen het belang van de cliënt bij voortzetting van de bankrelatie. Deze afweging vindt plaats aan de hand van alle ten tijde van de opzegging bekende feiten en omstandigheden. Het gaat erom of de bank, gelet op de haar toen bekende feiten en omstandigheden en met inachtneming van de belangen van de cliënt, de overeenkomst mocht opzeggen.⁵⁷

De bank heeft vanuit commercieel en bedrijfseconomisch oogpunt besloten afscheid te nemen van klanten met een buitenlandse rechtsvorm, die zijn gevestigd in één van honderd landen buiten haar kernmarkt in Noordwest-Europa en die, zoals het advocatenkantoor, vanwege een beperkte bancaire relatie onvoldoende rendabel, dan wel verlieslatend zijn. Op zichzelf staat het een bank vrij haar beleid met betrekking tot het accepteren en behouden van cliënten te wijzigen, maar bij de wijze waarop daaraan in een concreet geval uitvoering wordt gegeven geldt dan wel dat gebruikmaking van de overeengekomen opzegbevoegdheid, gelet op de omstandigheden

54. Rb. Amsterdam, 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, r.o. 2.9.

55. Rb. Amsterdam, 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, r.o. 5.1.

56. Rb. Amsterdam, 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, r.o. 4.1.

57. Rb. Amsterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, r.o. 4.2.

van het geval, niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar mag zijn.⁵⁸

De strategische keuze van de bank is legitiem, maar moet worden afgewogen tegen de belangen van het advocatenkantoor. De belangen die het advocatenkantoor heeft aangevoerd zien op beheersing van kosten, koersrisico, belemmeringen bij het verrichten van betalingen aan (gerechtelijke) instellingen, leveranciers en klanten in Nederland en mogelijk omzetverlies. Het advocatenkantoor is voor haar bedrijfsvoering echter niet afhankelijk van de betaalrekening bij de bank, nu de meeste betaaltransacties aan en door het advocatenkantoor worden afgewikkeld via één of meer andere banken, terwijl het betalingsverkeer op de Nederlandse bankrekening in verhouding daarmee beperkt is. Het advocatenkantoor wordt bij beëindiging van de bankrekening ook niet uitgesloten van het bancaire systeem. Zij kan wereldwijd blijven deelnemen aan het economisch en maatschappelijk verkeer zonder te beschikken over de betaalrekening, namelijk via de andere rekeningen die het advocatenkantoor aanhoudt. Daarbij heeft het advocatenkantoor niet aangetoond dat het voor haar onmogelijk is om bij een andere Nederlandse bank een betaalrekening te openen.⁵⁹

De contractvrijheid van de bank — die beheersing van kosten en risico's buiten haar kernmarkt nastreeft — behoort niet zo ver te worden ingeperkt dat zij kan worden verplicht haar dienstverlening aan het advocatenkantoor voort te zetten om haar te behoeden voor hogere kosten en eventuele vertraging in het betalingsverkeer. De rechtbank is van oordeel dat het belang van de bank bij beëindiging van de relatie op zijn minst even zwaar weegt als het belang van het advocatenkantoor bij voortzetting daarvan. De opzegging is dan ook niet onaanvaardbaar.⁶⁰

7.6.5 Bitcoins

Tot slot beschouwen banken ook crypto's als een integriteitsrisico. Dit blijkt uit een uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden van 25 juli 2023.⁶¹ Decos Beheer B.V. (hierna: Decos Beheer) en Decos Blockchain B.V. (hierna: Decos Blockchain) maken deel uit van de Decos Groep, een onderneming die zich richt op de ontwikkeling van nieuwe technologie voor efficiënter werken en duurzamer leven, zoals het papierloos maken en digitaliseren van (overheids)instanties. In 2013 werd begonnen met onderzoek naar crypto-

58. Rb. Amsterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, r.o. 4.5.

59. Rb. Amsterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, 4.6, 1^e alinea.

60. Rb. Amsterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, r.o. 4.6, 2^e alinea.

61. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292.

munten en mining daarvan. Vanaf dat jaar kocht en verkocht Decos ook bitcoins. Deze activiteiten waren eerst ondergebracht in Decos Driving Insights B.V. en later in Decos Blockchain, die zich ging richten op de ontwikkeling van blockchain, de technologie achter onder meer de bitcoin.⁶²

Decos Groep is klant van Rabobank (hierna: de bank) en heeft daar verschillende betaalrekeningen lopen voor haar groepsvennootschappen. Decos Beheer en Decos Blockchain (hierna tezamen: Decos) hebben onder meer twee rekening-courantovereenkomsten met de bank gesloten in respectievelijk 2013 en 2016. Op 18 juni 2019 hebben partijen een overleg gehad, waarna de bank een intern cliëntonderzoek naar Decos heeft afgerond. Op 9 juli 2019 heeft Decos een e-mail ontvangen van de bank, waarin zij Decos op de hoogte stelt van de bevindingen uit dat cliëntonderzoek:

‘Nu uit onderzoek is gebleken dat de onderneming middels het aan- en verkopen van Bitcoins, alsmede het minen van virtuele valuta, niet voldoet aan het beleid Rabobank virtuele valuta, dient zij deze activiteiten per direct te beëindigen.

Nu uit onderzoek is gebleken dat de onderneming nog over Bitcoins beschikt dient zij deze binnen een afzienbare termijn (zijnde binnen 3 maanden) te verkopen teneinde haar activiteiten in lijn met het Rabobank beleid virtuele valuta te brengen. Wij vragen Decos bij iedere transactie een verkoopbewijs alsmede een nieuw portefeuilleoverzicht van de nog resterende Bitcoins te overleggen.’⁶³

Decos heeft in juli 2019 haar bitcoins verkocht en heeft de rechtbank vervolgens verzocht om voor recht te verklaren dat de bank toerekenbaar is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Decos, dan wel onrechtmatig jegens Decos heeft gehandeld, door (a) ten onrechte te dreigen met beëindiging van de bankrelatie als Decos niet zou voldoen aan het verzoek om al haar bitcoins te verkopen, (b) door Decos anders te behandelen dan andere klanten zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestond, of (c) door geen duidelijke onderbouwing te geven voor het niet langer accepteren van Decos als klant, als zij nog enige positie in bitcoin zou aanhouden. Tevens heeft Decos verzocht voor recht te verklaren dat bank verplicht is om de schade die Decos hierdoor heeft geleden te vergoeden. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen.⁶⁴

62. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, r.o. 3.1.

63. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, r.o. 3.2-3.3.

64. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, r.o. 3.6-3.8.

In het hoger beroep loopt het anders. Het hof komt tot het oordeel dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming van de bank in de nakoming van de met Decos gesloten overeenkomsten door in strijd met de op haar rustende zorgplicht van Decos te eisen dat zij al haar posities in bitcoin zou verkopen, omdat de bank zich anders genoodzaakt zou zien de bankrelatie te beëindigen. De bank zal daarom de schade moeten vergoeden die Decos daardoor heeft geleden. Het hof motiveert zijn uitspraak (samengevat weergegeven en voor zover relevant) als volgt.⁶⁵

Het beleid dat de bank ten aanzien van virtuele valuta is gaan voeren, houdt kort gezegd in dat zij geen ondernemingen faciliteert die actief zijn in (de handel in) crypto's (virtuele valuta). Tijdens de zitting in hoger beroep heeft de bank toegelicht dat haar beleid gericht is op een algeheel verbod tot aan- en verkoop van virtuele valuta en dat dit mede omvat het enkele houden van virtuele valuta, omdat dit niet mogelijk is zonder aan- of verkoop. De bank motiveert haar beleid aldus dat een belangrijk kenmerk van virtuele valuta is dat deze zonder tussenkomst van derden/financiële instellingen, zoals de bank, kunnen worden gecreëerd binnen een bestaand blockchain-netwerk en vervolgens kunnen worden omgewisseld in reguliere valuta. De bank is daardoor onvoldoende in staat onderzoek te doen naar de achterliggende betrokken partijen en kan niet vaststellen of de gebruikte middelen afkomstig zijn uit niet-legale activiteiten, dan wel worden aangewend ter financiering van niet-legale/criminele activiteiten en een hoog risico met zich brengen als het gaat om witwassen en terrorismefinanciering en overtreding van wet- en regelgeving.⁶⁶

Dat de bank een strikt beleid hanteert ten aanzien van (de handel) in virtuele valuta door ondernemingen is gelet op de door de bank genoemde risico's volgens het hof niet onbegrijpelijk. Het staat de bank in beginsel vrij om dit beleid te voeren, ook wanneer dit beleid betekent dat zakelijke klanten geen virtuele valuta via de bank kunnen verhandelen of aanhouden. De stelling van de bank dat de Wwft haar ertoe verplicht dit beleid te voeren, berust volgens het hof echter op een onjuiste interpretatie van de door bank aangehaalde bepalingen uit deze wet. Artikel 3 lid 2 onder (d) Wwft brengt weliswaar mee dat de bank in bepaalde gevallen onderzoek moet kunnen doen naar de bron van de middelen, maar de bank heeft onvoldoende onderbouwd waarom dat bij een onderneming als Decos niet mogelijk zou zijn. Uit de memorie van toelichting volgt dat de wet een individuele toets voorschrijft ten aanzien van specifieke transacties.⁶⁷ Dat is wat anders dan de volledige uitsluiting van een bepaald soort transacties

65. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, r.o. 2.2.

66. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, r.o. 3.15.

67. *Kamerstukken II* 2007/08, 31238, nr. 3, p. 18.

voor alle zakelijke klanten. Dat is eigen beleid van de bank en gaat verder dan de verplichtingen die voortvloeien uit de Wwft. Ook de Wft kent geen verplichting om ondernemingen die zich bezighouden met virtuele valuta (bij voorbaat) uit te sluiten. De verplichting van de bank aan Decos het houden van en handelen in bitcoins binnen drie maanden te staken, kan dus niet (rechtstreeks) worden gegrond op de W(w)ft.⁶⁸

Een zorgvuldige afweging van de wederzijdse belangen kan in de weg staan aan handhaving van het gevoerde beleid. De bank heeft haar aanzegging in feite alleen gebaseerd op (categorale) bezwaren aangaande virtuele valuta. Ten aanzien van de aan- en verkoop van bitcoins door Decos heeft de bank op geen enkel moment duidelijk gemaakt op basis waarvan het risico zodanig hoog werd geacht dat er van Decos mocht worden geëist dat zij haar volledige portefeuille binnen drie maanden zou verkopen. Niet is gebleken dat de bank op enig moment aanwijzingen had dat er in het geval van Decos een onacceptabel risico bestond op witwassen, terrorismefinanciering of overtreding van andere wet- of regelgeving. Decos heeft ook steeds voldaan aan de verzoeken van de bank om (extra) informatie te verschaffen. Uit deze gang van zaken blijkt niet dat de bank een individuele en zorgvuldige belangenafweging heeft gemaakt voordat zij haar beleid aan Decos oplegde.⁶⁹

Ook de termijn die de bank heeft gehanteerd bij de aanzegging getuigt van onvoldoende oog voor de belangen van Decos. Decos kreeg slechts drie maanden de tijd om te zorgen dat zij voldeed aan het beleid van de bank. Gezien de langlopende bancaire relatie, het grote belang dat Decos had bij de voortzetting daarvan en het gegeven dat de mogelijkheid van overstappen naar een andere bank op zijn minst onzeker was en ook meer tijd in beslag zou nemen dan drie maanden, had de bank aan haar eisen in elk geval een redelijke(re) termijn moeten verbinden. De door de bank aangevoerde algemene belangen om vast te houden aan haar nieuwe beleid staan daarmee niet in verhouding tot het belang van Decos bij het aanhouden van haar bankrekening(en) en voortzetting van haar onderneming.⁷⁰

De bank heeft naar het oordeel van het hof daarom onzorgvuldig gehandeld door Decos te dwingen binnen drie maanden haar bitcoinportefeuille van de hand te doen onder dreiging van opzegging van de bankrelatie, terwijl die opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn geweest nu een zwaarwegende grond daarvoor ontbrak. De belangen van Decos wegen zwaar en de bank had met meer moeten komen

68. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, r.o. 3.16-3.17.

69. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, r.o. 3.19-3.20.

70. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, r.o. 3.21.

dan algemene stellingen over de risico's van de handel in virtuele valuta om die terzijde te kunnen schuiven. Zij is daarmee toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht jegens Decos.⁷¹

7.6.6 Analyse

Uit de hierboven besproken (en ook andere) uitspraken kan de volgende rode draad worden gedistilleerd. Het opzeggen van een bankrelatie op louter categorale gronden (d.w.z. zonder dat sprake is van concrete aanwijzingen van witwassen of andere illegale activiteiten) is niet toegestaan als de onderneming daardoor niet meer (redelijkerwijs) kan deelnemen aan het betalingsverkeer. Kan de onderneming dit (eventueel met enige moeite) nog wel via andere betaalrekeningen, dan staan louter categorale redenen er niet noodzakelijkerwijs aan in de weg om de bankrelatie (inclusief betaalrekeningen) op te zeggen.

De in paragraaf 7.6.2, hierboven behandelde uitspraak laat verder zien dat de beëindiging van een bankrelatie geen alles-of-nietskarakter behoeft te hebben. Het Amsterdams hof brengt zoals we hebben kunnen zien een splitsing aan tussen enerzijds (1) het beschikbaar stellen van betaalrekeningen, toegang tot gegevens via het internet en/of mobiel bankieren en het ongehinderd gebruik van betaalpassen, en anderzijds (2) andere bankproducten. Als de eerstgenoemde bankproducten zouden worden beëindigd, zou de deelname van de onderneming aan het maatschappelijk verkeer in gevaar komen, terwijl dat voor de andere bankproducten niet onmiddellijk aan te orde leek te zijn.⁷²

Deze proportionele benadering sluit ook aan bij de richtsnoeren die de European Banking Authority (EBA) eind mei 2023 publiceerde. Hierin doet EBA (onder meer) de volgende suggesties ter zake van mitigerende maatregelen die de risico's met betrekking tot de dienstverlening aan partijen met een hoog risico kunnen verminderen: (1) het niet verstrekken van krediet of rekening-courantfaciliteiten; (2) maandelijks omzetlimieten; (3) limieten op de hoogte van, de soort en/of het aantal overschrijvingen; (4) limieten op het aantal transacties van en naar derde landen; (5) een

71. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, r.o. 3.22.

72. Zie ook HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652 (*Yin Yang*). In die zaak brengt het Amsterdamse hof een splitsing aan door (1) eerst te bezien of de bank verplicht is een overeenkomst aan te gaan met Yin Yang die het storten van contant geld faciliteert (nee), en (2) daarna de vraag te behandelen of ING verplicht is een betaalrekening zonder faciliteiten voor het storten van contant geld af te sluiten met Yin Yang (ja). De Hoge Raad had hiermee geen problemen. Zie hierover hfdst. 4, par. 4.3.2.3.

limiet op de omvang van de deposito's die op een rekening kan worden aangehouden; (6) het verbieden van geldopnames vanuit derde landen.⁷³

7.7 FATCA & beëindiging van bankrelaties

7.7.1 Algemeen

In hoofdstuk 3, paragraaf 3.5 passeerde de 'Foreign Account Tax Compliance Act' (FATCA) al de revue. Daar werd besproken dat FATCA gaat over Amerikaanse belastingheffing op spaargeld dat door Amerikaanse staatsburgers wordt aangehouden op bankrekeningen bij banken buiten de Verenigde Staten, en dat Nederlandse banken uit hoofde van een door de VS en Nederland op 18 december 2013 gesloten International Governmental Agreement (hierna: IGA) sinds 1 juli 2014 moeten zorgen dat zij van Amerikaanse klanten hun 'Tax Identification Number' (TIN) verkrijgen. Voor personen die de Amerikaanse nationaliteit bezitten wordt met TIN bedoeld het Amerikaanse Social Security Number (SSN). Vervolgens moeten banken bepaalde gegevens met betrekking tot de bankrekening van die klanten rapporteren aan de Nederlandse belastingdienst.⁷⁴ En die zet de gegevens vervolgens door naar de Amerikaanse belastingdienst, zodat die kan controleren of de juiste Amerikaanse belastingaangifte is gedaan. Zoals daar besproken geldt de verplichting voor de bank om het TIN te verkrijgen ook voor gewone bankrekeningen van Amerikanen die in Nederland wonen. En binnen die groep zijn er dan nog de zogenaamde onbedoelde Amerikanen ('accidental Americans'): Nederlanders die toevallig ook de Amerikaanse nationaliteit hebben, omdat ze zijn geboren in de VS maar er verder geen banden mee hebben. Sinds 1 juli 2014 mag de bank ook voor onbedoelde Amerikanen geen rekening openen als er geen TIN beschikbaar is, althans zo meent de NVB. Een weigeringsplicht dus.

Maar FATCA heeft er in de praktijk óók toe geleid dat bankrekeningen van bestaande klanten die Amerikaans staatsburger blijken te zijn, werden opgezegd door de bank, in het bijzonder (maar niet uitsluitend, zie de voorbeelden genoemd in paragraaf 7.7.2 en paragraaf 7.7.3, hierna) als zij niet over een TIN beschikken, dit niet willen aanvragen/verstrekken, en bovendien geen afstand willen doen van het Amerikaans staatsburgerschap.⁷⁵

73. EBA/GL/2023/04 (31 maart 2023), nr. 21.

74. Onder de rapportageverplichtingen rapporteren banken de volgende gegevens van hun Amerikaanse klanten aan de Nederlandse belastingdienst: naam, adres, rekeningnummer, TIN, saldo van de rekening(en), de ontvangen rente en dividenden alsmede de opbrengsten van de verkoop, terugbetalingen of afkopen van vermogensbestanddelen.

75. Zie bijv. (1) Rb. Midden-Nederland 23 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5647 (Volksbank mag bankrekeningen van 'onbedoelde Amerikaan' beëindigen, omdat hij weigert een Amerikaans identificatienummer aan de bank te verstrekken. De publicatie

Dit betekent evenwel niet dat bankrekeningen in dit soort gevallen altijd moeten worden opgezegd door de bank. De Amerikaanse overheid heeft namelijk een nadere richtlijn gepubliceerd over hoe de banken kunnen voorkomen dat zij worden geacht de regels niet na te leven in het geval zij rekeninghouders hebben waarvan de bank niet over het TIN beschikt.⁷⁶ Deze richtlijn voorziet in een tijdelijke uitzondering op de verplichting voor banken om een TIN te rapporteren, maar uitsluitend voor rekeningen die reeds vóór 1 juli 2014 zijn geopend. Wanneer wordt voldaan aan de voorwaarden uit deze richtlijn, kan de bank een boete voorkomen ook als de bank niet voor al deze bankrekeningen van Amerikaanse klanten een TIN rapporteert. Het gaat om een tijdelijke uitzondering die eindigt in 2024.⁷⁷

De naleving van FATCA door de Nederlandse banken heeft de afgelopen jaren tot diverse procedures geleid.⁷⁸ Ik geef twee voorbeelden.

7.7.2 College voor de Rechten van de Mens

De eerste hier te behandelen procedure speelde voor het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College).⁷⁹ Verzoeker is in 1969 geboren in Chicago in de VS en woont sinds 1970 in Nederland (hierna: de klant). Hij bezit de Nederlandse nationaliteit. Daarnaast heeft hij op grond van zijn geboorteplaats de Amerikaanse nationaliteit verkregen. De klant heeft in 1999 bij BinckBank N.V. (h.o.d.n. Alex, hierna: Alex) een beleggingsrekening afgesloten. Alex is een bank die zich hoofdzakelijk bezighoudt met online orderuitvoering voor onder meer particuliere beleggers.⁸⁰

van een uitspraak van de Geschillencommissie van het KiFiD over het geschil tussen de 'onbedoelde Amerikaan' en Volksbank en een persbericht daarover is niet onrechtmatig); (2) Rb. Midden-Nederland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4388 (rekeninghouder vordert in kort geding voortzetting van de dienstverlening van de bank zolang de bodemzaak loopt. De vordering wordt voor een beperkte periode toegewezen. Rekeninghouder mocht, als zogenoemde accidental American, vertrouwen ontlenen aan de afspraak tussen de minister en de NVB dat in 2021 geen bankrekeningen van accidental Americans gesloten zouden worden); (3) Rb. Midden-Nederland 29 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6267 (De Volksbank wordt verboden de bankrekeningen van een 'onbedoelde Amerikaan' te beëindigen. De man weigerde een TIN te verstrekken en in de VS belastingaangifte te doen. Maar omdat niet is gebleken dat hij ook daadwerkelijk in de VS belasting verschuldigd is en zijn rekeningen de 50.000 dollar niet overstijgen, waarvoor het FATCA-verdrag een uitzondering kent, kan de bank de opzegging daarop niet baseren).

76. Foreign Financial Institution Temporary U.S. Taxpayer Identification Number Relief (irs.gov/pub/irs-drop/n-23-11.pdf).

77. Zie nvb.nl/themas/bank-maatschappij/fatca/.

78. Zie over deze kwestie ook: Houben 2020, p. 287.

79. CRM 2 april 2014 (oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2014-40).

80. CRM 2 april 2014, nr. 2.1-2.3.

Alex heeft in de voorwaarden die van toepassing zijn op de rekening van de klant opgenomen dat zij de relatie met een cliënt kan beëindigen als deze als een 'US Person' is aan te merken. Alex sluit voor de definitie van dit begrip aan bij de door de Amerikaanse belastingdienst (Internal Revenue Service, hierna: IRS) gehanteerde definitie en de daarbij opgestelde lijst met indicatoren. De IRS omschrijft een Amerikaans belastingplichtige als een US Person. Het hebben van een Amerikaans paspoort, geboren zijn in de VS of in de VS woonachtig zijn, zijn enkele indicatoren aan de hand waarvan wordt bepaald of een persoon een US Person en dus belastingplichtig is. Alex heeft de klant meegedeeld dat hij vanwege zijn geboorteplaats volgens de Amerikaanse wetgeving in de VS belastingplichtig is. Op grond van zijn geboorteplaats wordt hij namelijk aangemerkt als staatsburger van de VS. Alex heeft meegedeeld dat zij de dienstverlening aan de klant kan voortzetten als hij kan aantonen dat hij niet belastingplichtig is in de VS. Zij heeft hem daarbij verwezen naar de Amerikaanse ambassade in Nederland. De klant heeft zich niet gewend tot de Amerikaanse ambassade. Alex heeft de dienstverlening aan de klant vervolgens beëindigd.⁸¹

Daarop maakt de klant een procedure aanhangig bij het College. Volgens de klant heeft Alex jegens hem een verboden onderscheid op grond van nationaliteit gemaakt door de dienstverlening aan hem te beëindigen.⁸² Het College gaat hierin mee en onderbouwt de uitspraak kort gezegd als volgt.

Alex sluit personen met de Amerikaanse nationaliteit uit van haar dienstverlening, enkel vanwege het feit dat zij deze nationaliteit bezitten. Er is daarom sprake is van direct onderscheid op grond van nationaliteit bij het aanbieden van en verlenen van toegang tot diensten.⁸³

Direct onderscheid is verboden, tenzij een van de wettelijke uitzonderingen, genoemd in artikel 2 lid 5 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), van toepassing is. In dit artikellid is bepaald dat het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit niet geldt indien het onderscheid is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften of op geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht. Het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit geldt evenmin in gevallen waarin de nationaliteit bepalend is.⁸⁴

81. CRM 2 april 2014, nr. 2.6-2.8.

82. CRM 2 april 2014, nr. 3.1.

83. CRM 2 april 2014, nr. 3.8.

84. CRM 2 april 2014, nr. 3.9.

Alex stelt dat het verbod van onderscheid niet geldt, omdat het onderscheid is gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift. Zij stelt dat de IGA haar ertoe dwingt om onderscheid te maken. Het College laat in het midden of de IGA is aan te merken als een algemeen verbindend voorschrift. Naar het oordeel van het College verplicht de IGA Alex er niet toe om personen vanwege hun Amerikaanse nationaliteit uit te sluiten van de dienstverlening. De IGA verplicht financiële instellingen, zoals Alex, om informatie te verstrekken. Het is de op rentabiliteitsgronden gemaakte keuze van Alex zelf die ertoe leidt dat personen met de Amerikaanse nationaliteit worden uitgesloten van haar dienstverlening. Ook overweegt het College dat gesteld noch gebleken is dat de andere in het vijfde lid van artikel 2 AWGB genoemde uitzondering, die ziet op de gevallen waarin de nationaliteit bepalend is, van toepassing is.⁸⁵

Ten slotte heeft Alex onder verwijzing naar de artikel 6:2 en 6:248 BW aangevoerd dat in voorkomende gevallen een regel buiten toepassing moet blijven als de toepassing van die regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Alex stelt dat toepassing van het discriminatieverbod van artikel 7 AWGB in dit geval buiten toepassing moet blijven. Zij onderbouwt dit door te wijzen op de naar haar mening vergaande verplichtingen die de FATCA oplegt en de disproportioneel zware lasten die daarvan voor haar het gevolg zijn. Het College verwerpt ook dit verweer. De wetgever heeft in de AWGB uitdrukkelijk vastgelegd dat direct onderscheid op grond van – onder andere – nationaliteit alleen dan niet verboden is, als op het verbod een in de AWGB zelf opgenomen uitzondering van toepassing is. Dit zogeheten gesloten systeem van de AWGB is bedoeld als specifieke bescherming tegen direct onderscheid. Honorering van het door Alex gedane beroep op de redelijkheid en billijkheid zou in strijd zijn met dit gesloten systeem.⁸⁶

7.7.3 Geschillencommissie KiFiD

De volgende uitspraak van de Geschillencommissie KiFiD gaat in tegenovergestelde richting.⁸⁷ In februari 2021 heeft de consument van de Amerikaanse overheid een cheque ontvangen in het kader van een coronasteunprogramma. Hij heeft bij DeGiro nagevraagd of hij de cheque kon verzilveren. DeGiro heeft hem kort daarna gemaild dat hij mogelijk kwalificeerde als US Person (belastingplichtig in de VS). Daarbij heeft zij medegedeeld dat hij, om aan te tonen dat hij geen US Person was, een vragenlijst kon invullen en een recent bewijs van zijn woonplaats kon meesturen. DeGiro

85. CRM 2 april 2014, nr. 3.10-3.11.

86. CRM 2 april 2014, nr. 3.12-3.13.

87. GC KiFiD 12 mei 2022 (2022-0387).

beëindigt uiteindelijk de relatie en schrijft in een e-mail van 8 april 2021 onder meer het volgende:

‘Zoals we eerder hebben aangegeven willen u erg graag houden als klant, maar alles wijst erop dat het krijgen van een Covid relif cheque erop wijst dat u als US person beschouwd wordt en helaas mogen wij US person niet als klant bedienen. Indien u ons niet kunt aantonen dat deze cheque abusievelijk naar u toe is gestuurd, kunnen wij spijtig genoeg niks anders doen dan uw account afsluiten. (...).’⁸⁸

In deze zaak gaat het om de vraag of DeGiro de cliëntenovereenkomst mag beëindigen als een klant naar haar oordeel onvoldoende aantoonde dat hij geen US Person is. DeGiro stelt dat in de cliëntenovereenkomst is neergelegd dat US Persons bij haar geen klant kunnen zijn omdat dit zou meebrengen dat zij aan FATCA moet voldoen. Zij acht zich daarom gerechtigd de cliëntenovereenkomst te beëindigen als een klant een US Person blijkt te zijn.⁸⁹

Naar het oordeel van de Geschillencommissie KiFiD vormt het ontvangen van coronasteun in de vorm van een cheque van de Amerikaanse overheid een sterke aanwijzing dat de consument als US Person moet worden aangemerkt. De vraag is daarom of DeGiro, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, de cliëntenovereenkomst heeft mogen beëindigen op de grond dat de consument mogelijk US Person is. Naar het oordeel van de Geschillencommissie KiFiD is dat in deze zaak het geval. Hierbij is volgens haar van belang dat een instelling zoals DeGiro, om aan de voorschriften op grond van FATCA te voldoen, een kostbare en tijdrovende aanpassing in haar werkproces moet doorvoeren en bovendien met aanzienlijke sancties te maken kan krijgen als zij voorschriften in de FATCA-regelgeving blijkt te hebben overtreden. In dit geval bestaat een risico op zulke sancties zolang het niet uitgesloten is dat de consument als US Person kwalificeert. Bij deze afweging van de belangen van de consument en DeGiro is verder van belang dat het hier geen betaalrekening betreft — die voor een rekeninghouder onmisbaar kan zijn om aan het betalingsverkeer te kunnen deelnemen — maar een effectenrekening. Verder heeft de commissie geen aanleiding om aan te nemen dat het voor de consument niet mogelijk is een effectenrekening te openen bij een andere broker die in Nederland gevestigde US Persons wel als klant accepteert. Gezien het voorgaande zal de vordering van de consument worden afgewezen.⁹⁰

88. GC KiFiD 12 mei 2022 (2022-0387), nr. 2.2 en 2.6. De eerste zin is nogal krom, maar zo staat het in de uitspraak.

89. GC KiFiD 12 mei 2022 (2022-0387), nr. 3.2.

90. GC KiFiD 12 mei 2022 (2022-0387), nr. 3.3-3.4.

7.8 Legitimiteit, proportionaliteit & consistentie

7.8.1 Legitimiteit

In dit hoofdstuk zijn diverse wettelijke beëindigingsplichten besproken die ertoe strekken de verwezenlijking van bepaalde risico's zoveel mogelijk te voorkomen. Het gaat dan om het zoveel mogelijk voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering, belastingontduiking, steun aan foute regimes, schending van mensenrechten en milieuvervuiling. Allemaal doelen die de meesten van ons vermoedelijk wel als legitiem zullen aanmerken.

Maar ook hier geldt: enkel een legitiem doel is niet voldoende. Als aanneemelijk is dat de verwezenlijking van deze risico's ook met minder vergaande inperkingen van de contractvrijheid dan een beëindigingsplicht zoveel mogelijk kan worden voorkomen, dan zou gekozen moeten worden voor die minder vergaande inperkingen.

7.8.2 Beëindigingsplicht & anti-witwasregels

Wat betreft de beëindigingsplichten uit hoofde van de Wwft is het vooral de te categorale wijze waarop de beëindigingsplichten in de praktijk wordt toegepast die tot disproportionaliteit leidt, en niet zozeer de wettelijke beëindigingsplicht zélf. De banken, de toezichthouders en de Minister van Financiën geven inmiddels min of meer toe dat dit ertoe leidt dat relaties met klanten uit zogenaamde hoog-risicosectoren ten onrechte worden beëindigd. De banken en de toezichthouders werken er nu samen aan om zoveel mogelijk te voorkomen dat relaties met klanten ten onrechte worden beëindigd. Als dat effect gaat sorteren, zie ik niet onmiddellijk reden om ervoor te pleiten de Wwft-beëindigingsplicht af te schaffen (Nederland zou dit op eigen houtje overigens ook niet kunnen doen, het betreft hier immers regels met een Europese herkomst⁹¹). Enerzijds is het lastig te bedenken welke vanuit het perspectief van de contractvrijheid minder vergaande aanpak mogelijk zou zijn, anderzijds lijkt het mij terecht dat relaties met partijen beëindigd worden (1) als zij geen de medewerking verlenen aan het klantonderzoek dat in redelijkheid van hen verwacht mag worden, of (2) als het klantonderzoek ten aanzien van hen een negatief resultaat heeft.⁹²

91. Zie art. 14 lid 4, eerste alinea, Richtlijn (EU) 2015/849 (Vierde Anti-witwasrichtlijn zoals nadien gewijzigd).

92. Er zijn evenwel auteurs die menen dat de huidige strategie ter voorkoming van witwassen niet werkt en witwassen zelfs faciliteert, zie Gilmour & Hicks 2023.

7.8.3 Beëindigingsplicht & trustkantoren

De beëindigingsplichten uit de Wtt 2018 beogen een bijdrage te leveren aan het zoveel mogelijk voorkomen van belastingontduiking, witwassen en terrorismefinanciering en steun aan foute regimes. Deze beëindigingsplichten vloeien voort uit een drietal verboden: (1) een algeheel verbod om beroeps- of bedrijfsmatig gebruik te maken van doorstroomvennootschappen, (2) verbod op trustdienstverlening met betrokkenheid van derde-hoogrisicolanden of van landen die op de lijst staan van non-coöperatieve landen op belastinggebied en (3) een verbod trustdiensten te verlenen aan Russische en Belarussische partijen.

Het is lastig te beoordelen in hoeverre de hieruit voortvloeiende beëindigingsplichten voor trustkantoren vanuit het perspectief van de contractvrijheid proportioneel zijn. De Nederlandse trustsector heeft zeker sinds de onthulling van de Panama Papers geen al te beste naam. Ongetwijfeld hebben door deze verboden de goeden te lijden onder de kwaden. Maar hier geldt dat we het terrein van de geopolitiek betreden. Er zal door de onthulling van de Panama Papers internationaal vast de nodige druk zijn uitgeoefend op Nederland om de wettelijke teugels verder aan te trekken.

Ik ben geneigd om de verboden voor nu het voordeel van de twijfel te gunnen en het er voorlopig maar voor te houden dat we hier met een proportionele inbreuk op de contractvrijheid van doen hebben, met één uitzondering: *in aanvulling op de EU-sancties tegen Rusland* (en Belarus) is het volgens de Wtt 2018 verboden nog langer trustdiensten te verlenen aan Russische en Belarussische partijen. Ook die relaties moeten dus beëindigd worden. Het gaat hier om partijen die niet op de Europese sanctielijst staan. Zodra deze Russische en Belarussische partijen op de Europese sanctielijst worden geplaatst, geldt er een ander regime.

De Sanctiewet 1977 en de daaronder vallende internationale sancties tegen Rusland gaan ervan uit dat ingeval een cliënt op een sanctielijst is geplaatst de tegoeden van de betrokkene worden bevroren en dienstverlening alleen mogelijk is op basis van een ontheffing. Tegelijk is het uitgangspunt dat de relatie wel aangehouden wordt en dus geen afscheid wordt genomen van de cliënt, omdat met het opzeggen van de cliëntrelatie mogelijk gelden beschikbaar komen voor een gesanctioneerde entiteit of persoon. Daarmee blijft zicht op de gesanctioneerde persoon en het betrokken vermogen. Daarom zijn de verboden niet van toepassing in het geval de cliënt, de doelvennootschap, de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt of de uiteindelijk belanghebbende van de doelvennootschap op sanctielijsten worden geplaatst. In dat geval wordt de cliëntrelatie aangehouden totdat

de sanctieregelgeving niet meer van toepassing is en geldt vervolgens een periode van drie maanden om afscheid te nemen van de cliënt.

Het verbod nog langer trustdiensten te verlenen aan Russische (en Belarusische) partijen en de daaruit voortvloeiende beëindigingsplicht lijkt mij een disproportionele inperking van de contractvrijheid van zowel trustkantoren als Russische en Belarussische partijen. Ik ben niet onmiddellijk overtuigd dat het nodig is dat Nederland op eigen houtje strengere regels stelt dan die welke voortvloeien uit de EU-sancties tegen Rusland (en Belarus).

7.8.4 Beëindigingsplicht, mensenrechten & milieu

Dan de beëindigingsplicht uit hoofde van het CSDDD-voorstel van de Europese Commissie. Als de feitelijke of potentiële negatieve effecten op de mensenrechten en/of het milieu niet beëindigd, beperkt of voorkomen kunnen worden, dan moet de grote onderneming ook de volgende maatregelen nemen: (a) de commerciële relaties met de partner in kwestie tijdelijk opschorten en (b) de zakelijke relatie met betrekking tot de betrokken activiteiten beëindigen als het feitelijke of potentiële negatieve effect ernstig is.

Voor grote financiële instellingen geldt evenwel een afwijkende regeling. Wanneer zij krediet, leningen of andere financiële diensten verstrekken, zijn zij niet verplicht de overeenkomst inzake het krediet, de lening of een andere financiële dienst te beëindigen indien redelijkerwijs kan worden verwacht dat dit aanzienlijke schade zal toebrengen aan de entiteit waaraan deze dienst wordt verstrekt. Valt dit niet redelijkerwijs te verwachten, dan geldt optie (b) (beëindigen) onverkort, met dien verstande dat dit alles voor grote financiële instellingen hoe dan ook enkel geldt in relatie tot niet-mkb-ondernemingen, omdat alleen zij onderdeel uitmaken van de waardeketen van die financiële instellingen.

Gelet (1) op het grote belang van het zoveel mogelijk voorkomen van schendingen van mensenrechten en milieuschade, en (2) de voornoemde nadere eisen, ben ik geneigd deze inperking van de contractvrijheid als proportioneel aan te merken.

7.8.5 Bevoegdheid van de bank om een basisbetaalrekening te beëindigen

Uit de regeling van artikel 4:71i Wft mag worden afgeleid dat de bank niet bevoegd is de basisbetaalrekening van een consument eenzijdig te beëindigen als zich niet een of meer van de in artikel 4:71i lid 1 Wft opgenomen

gronden voordoet. Kortom, als de bank meent dat zich een integriteitsrisico (of een andere omstandigheid) voordoet en zij uit dien hoofde wil beëindigen, maar dit risico (of die andere omstandigheid) onverhoopt niet valt binnen een of meer van de wettelijke beëindigingsgronden, mag de bank dus niet beëindigen. Dit is uiteraard niet anders als de bank ruimere eenzijdige beëindigingsrechten zou hebben bedongen. Aldus wordt de vrijheid van de bank om de basisbetaalrekening eenzijdig te beëindigen aan banden gelegd. Dit lijkt mij een legitieme en ook proportionele inperking van de contractvrijheid van de bank.

7.8.6 Contractuele opzeggingsbevoegdheid & bancaire relaties

Dan de gevallen waarin de financiële instelling wel wil beëindigen en hiertoe ook bevoegd is op grond van de contractvoorwaarden, en er ook geen specifiek wettelijk voorschrift in de weg staat aan beëindiging, maar dit volgens de civiele rechter toch niet is toegestaan, althans niet zonder meer. Uit de lagere rechtspraak blijkt dat civiele rechters bij de opzegging van zakelijke bankrelaties, in het bijzonder zakelijke betaalrekeningen, een belangenafweging maken, waarbij het belang van de niet-consument om te kunnen beschikken over een betaalrekening zwaar weegt. Meer in het bijzonder kan uit de gepubliceerde rechtspraak de volgende rode draad worden gedistilleerd. Het opzeggen van een bankrelatie op louter categorale gronden (d.w.z. zonder dat sprake is van concrete aanwijzingen van witwassen of andere illegale activiteiten) is niet toegestaan als de onderneming daardoor niet meer (redelijkerwijs) kan deelnemen aan het betalingsverkeer. Kan de onderneming dit (eventueel met enige moeite) nog wel via andere door haar aangehouden betaalrekeningen, dan staan louter categorale redenen er niet noodzakelijkerwijs aan in de weg om de bankrelatie (inclusief betaalrekeningen) op te zeggen.

De beëindiging van een bankrelatie behoeft daarbij geen alles-of-nietskarakter te hebben. Een proportionele benadering is mogelijk, doordat de rechter kan bepalen dat de bank enkel die bestanddelen van een bankrelatie niet mag beëindigen die ertoe zouden leiden dat de deelname van de onderneming aan het maatschappelijk verkeer in gevaar komt. Al met al ben ik van mening dat de benadering van dit vraagstuk in de lagere rechtspraak leidt tot uitkomsten die op een proportionele wijze inbreuk maken op de contractvrijheid van de bank.

7.8.7 FATCA & opzegging van bankrelaties

FATCA heeft er in de praktijk toe geleid dat bankrekeningen van bestaande klanten die Amerikaans staatsburger blijken te zijn, werden opgezegd door de bank, (1) enerzijds als zij niet over een Amerikaanse Tax Identification

Number (TIN) beschikken, dit niet willen aanvragen/verstrekken, en bovendien geen afstand willen doen van het Amerikaans staatsburgerschap en dus geen Certificate of Loss of Nationality (CLN) willen aanvragen, en (2) anderzijds ook als de bank het gewoonweg te kostbaar en te tijdrovend vindt om aan de FATCA-voorschriften te voldoen, terwijl zij met aanzienlijke sancties te maken kan krijgen als zij de FATCA-regels blijkt te hebben overtreden.

Het kost ongetwijfeld de nodige tijd en energie om een TIN of een CLN te bemachtigen, maar een disproportionele inperking van de contractvrijheid van de klant zou ik dit niet onmiddellijk willen noemen. Als de klant de moeite neemt een TIN of CLN te verkrijgen en vervolgens te overleggen aan de bank, dan zal hij in principe zonder problemen zijn rekening kunnen aanhouden. De contractvrijheid van de bank wordt uiteraard ook beperkt. De bank moet de rekening van de Amerikaanse klant immers opzeggen als deze geen TIN of CLN overlegt. De bank zal hiermee vermoedelijk weinig problemen hebben. Het alternatief is immers dat zij hoge boetes riskeert wegens overtreding van FATCA. Tot slot is het lastig te bedenken welke vanuit het perspectief van de contractvrijheid minder vergaande aanpak effectief zou kunnen zijn.

De opzegging van de bankrelatie met een Amerikaans staatsburger omdat de bank het gewoonweg te kostbaar en te tijdrovend vindt om aan de FATCA-voorschriften te voldoen, is een ander verhaal. Zoals blijkt uit de hierboven besproken uitspraak van het College voor de Rechten van de Mens, resulteert dit in een verboden onderscheid op grond van nationaliteit (discriminatie) en is dit niet toegestaan (par. 7.7.2). Toch aarzel ik of de contractvrijheid van de bank in deze benadering altijd op proportionele wijze wordt beperkt. Want wat nu als vaststaat dat deze klanten eenvoudig terecht kunnen bij een andere bank?

7.8.8 Consistentie

Dan het evaluatiecriterium van consistentie. Wat we in dit hoofdstuk hebben gezien is dat bepaalde integriteitsrisico's, maar ook schending van mensenrechten en milieuschade, als zo prangend worden ervaren dat deze moeten resulteren in beëindigingsplichten dan wel een valide reden vormen voor beëindiging van de relatie. In zoverre is sprake van consistentie.

Op een punt is er duidelijk geen sprake van consistentie. Voor consumenten is in de wet geregeld in welke gevallen de bank de basisbetaalrekening weer mag opzeggen. De basisbetaalrekening voor niet-consumenten is niet wettelijk geregeld. Eerder in dit preadvies heb ik ervoor gepleit dat voor niet-consumenten een wettelijke regeling zou moeten worden ingevoerd

die zoveel mogelijk aansluit bij de wettelijke regeling van de basisbetaalrekening voor consumenten (hoofdstuk 4, par. 4.6). Ook de gronden waarop de bank de basisbetaalrekening van een niet-consument weer mag opzeggen zouden dus wettelijk moeten worden geregeld en bovendien zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de gronden waarop de bank een basisbetaalrekening van een consument mag opzeggen. Dat is ook precies wat men in België al gedaan heeft door aan te sluiten bij de beëindigingsgronden zoals die voor de basisbetaalrekening voor consumenten gelden uit hoofde van de nationale omzetting van de Richtlijn betaalrekeningen (Payment Accounts Directive, PAD).⁹³

Tot slot: ongetwijfeld duiken er op termijn weer nieuwe risico's op waarvan wij als samenleving vinden dat die zoveel mogelijk voorkomen moeten worden. Alsdan moet worden gezien in hoeverre het geïndiceerd is de geschetste lijn door te trekken ter voorkoming van die nieuwe risico's of dat ter zake van die nieuwe risico's een andere aanpak effectiever is. Of die andere aanpak dan inconsistent is met de in dit hoofdstuk besproken gevolgen valt eigenlijk niet in abstracto te bepalen, dat zal mede afhangen van de aard van die nieuwe risico's.

93. Art. 19 Richtlijn 2014/92/EU.

Hoofdstuk 8

Slotbeschouwing

In dit preadvies is duidelijk geworden dat de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen in diverse opzichten aan banden is gelegd. Dit is veelal het gevolg van de strenge overheidsregulering (het financieel toezichtrecht) en het strenge toezicht dat er op hen wordt uitgeoefend, maar vloeit óók voort uit gedetailleerde gedragsregels opgenomen in het BW en uit de open normen van het civiele recht, zoals de zorgplicht en de algemene maatstaf die moet worden aangelegd ter beantwoording van de vraag of een beding in een contract met een consument al dan niet onredelijk bezwarend (oneerlijk) is.

Vrij algemeen wordt de bescherming van de zwakkere partij als een legitieme reden beschouwd om de contractvrijheid aan banden te leggen. Het is meestal ook de reden voor een inperking van de contractvrijheid van de bank of andere financiële instelling ten faveure van de (beoogde) wederpartij, die in verhouding tot de financiële instelling als de zwakkere partij wordt beschouwd. Het valt daarbij op dat de contractvrijheid van financiële instellingen niet enkel beknot wordt in relatie tot consumenten, maar ook steeds vaker in verhouding tot andere beschermingsbehoeftige partijen, zoals bedrijven behorend tot het midden- en kleinbedrijf (mkb).

Relatief nieuw is dat ook andere overwegingen dan bescherming van de zwakkere partij in toenemende mate kunnen leiden tot een inperking van de contractvrijheid van banken en andere financiële instellingen (en hun wederpartijen!), zoals het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering, bestrijding van belastingontduiking, naleving van sanctiewetgeving, het waarborgen van de financiële stabiliteit, bescherming van mensenrechten en duurzaamheidsoverwegingen. De meesten van ons zullen vermoedelijk wel bereid zijn een inperking van de contractvrijheid van de financiële instelling (en diens wederpartij) op dit soort gronden op zichzelf genomen als legitiem te beschouwen.

Maar enkel een legitiem doel is niet voldoende, of dit doel nu gelegen is in een bescherming van de zwakkere partij of in andere overwegingen. Als aannemelijk is dat deze doelen ook met minder vergaande inperkingen van de contractvrijheid kunnen worden gerealiseerd, dan zouden wetgevers en rechters moeten kiezen voor die minder vergaande inperking. Zoals we hebben gezien, kan veelal wel beargumenteerd worden dat de beknotting

van de contractvrijheid proportioneel is. Soms kunnen daar evenwel ook vraagtekens bij geplaatst worden. Ook consistentie is nog een punt van aandacht. Zo is bijvoorbeeld niet altijd goed uit te leggen waarom er voor een financiële instelling in het ene geval wél de verplichting geldt het aangaan van een contract te weigeren en in het andere geval niet.¹

Of we de beperking van de contractvrijheid van de financiële instelling (en haar wederpartijen) nu als legitiem, proportioneel en consistent aanmerken of niet, de trend is onmiskenbaar dat de contractvrijheid van vooral banken steeds verder aan banden wordt gelegd. Andere typen financiële instellingen worden meestal meegetrokken in het kielzog van de banken. Ik heb het dan niet enkel over een toenemende beperking van de contractvrijheid omwille van bescherming van de zwakkere partij, maar ook om andere redenen.

Juist omdat zeker de grootbanken (maar ook andere financiële instellingen) als een spin in het web zitten, mede omdat zij (i) over een onvoorstelbare hoeveelheid data beschikken, (ii) een zeer uitgebreid klantenbestand hebben en (iii) beschikken over de macht om te sturen via bijvoorbeeld kredietverlening, zal de overheid voor het bereiken van maatschappelijke (publieke) doelen zoals het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering, bestrijding van belastingontduiking, naleving van sanctiewetgeving, het waarborgen van de financiële stabiliteit, bescherming van mensenrechten en duurzaamheidsoverwegingen, toch altijd weer naar de banken (en ook andere financiële instellingen) kijken. Het duurzaamheidsdenken is van relatief recente datum en zal de komende jaren zeker nog een nadere ontwikkeling doormaken op internationaal, Europees en nationaal niveau. Het lijkt welhaast onvermijdelijk dat dit een verdere inperking van de contractvrijheid tot gevolg zal hebben voor banken en andere financiële instellingen. Ook 'gewone' ondernemingen en mensen van vlees en bloed zoals u en ik zullen vermoedelijk in toenemende mate worden geconfronteerd met een inperking van de contractvrijheid omwille van een betere wereld, en hopelijk zullen die inperkingen dan ook het gewenste effect sorteren.

Dat de overheid gelet op hun spilfunctie al snel naar de banken kijkt voor meestal vrij forse assistentie bij het realiseren van publieke doelen is op zichzelf genomen begrijpelijk, maar het komt met een prijs.

1. Zie nader over legitimiteit, proportionaliteit en consistentie de volgende paragrafen van dit preadvies: hfdst. 1, par. 1.4; hfdst. 2, par. 2.9; hfdst. 3, par. 3.7; hfdst. 4, par. 4.6; hfdst. 5, par. 5.4; hfdst. 6, par. 6.4; hfdst. 7, par. 7.8.

De kosten van het uitvoeren van overheidstaken door de banken komen uiteindelijk voor rekening van de cliënten en aandeelhouders van de banken. Als de overheid die kosten voor haar rekening zou nemen, worden zij evenredig door alle belastingbetalers gedragen. Wellicht zou dat evenwichtiger en zuiverder zijn, maar iets zegt mij dat dit voorlopig niet gaat gebeuren. De tijdsgeest waait vrij duidelijk in een andere richting.

Mijns inziens belangrijker dan het vorige punt is dat de inzet van banken bij het realiseren van publieke doelen op gespannen voet kan komen te staan met de belangen van klanten die in een kwetsbare positie verkeren. We hebben immers kunnen zien dat de naleving van de anti-witwasregels door de banken er toe heeft geleid dat klanten ten onrechte zijn geweigerd dan wel er ten onrechte afscheid is genomen van klanten, vooral zij die opereren in integriteitsgevoelige sectoren, zoals coffeeshops, de adult entertainmentsector (online), sekswerkers, handelaren in tweedehands auto's (vooral in de grensstreek), de gokindustrie, cryptodienstverleners, handelaren in edelmetalen en juweliers, de horeca, de metaal- en recyclinghandel, moslimorganisaties (waaronder moskeeën), Nederlanders in het buitenland (waaronder het Caribisch deel van het Koninkrijk) en trustkantoren. De banken, de toezichthouders en de Minister van Financiën geven inmiddels min of meer toe dat klanten uit integriteitsgevoelige sectoren ten onrechte zijn geweigerd dan wel er ten onrechte afscheid is genomen van deze klanten door een te categorale toepassing van de anti-witwasregels. De banken en de toezichthouders werken er nu samen aan om zoveel mogelijk te voorkomen dat dit in de toekomst nog gebeurt. Hopelijk zal dit effect sorteren.

Hoe dit alles ook zij, er zijn alweer nieuwe wettelijke inperkingen van de contractvrijheid in de maak, bijvoorbeeld in relatie tot het betalingsverkeer. Waar begin deze eeuw het grootste gedeelte van het aantal betalingen aan de toonbank nog met contant geld plaatsvond, is dat in Nederland nu gedaald tot rond de 20%. Zoals we allemaal hebben kunnen zien is het aantal pinautomaten in rap tempo afgenomen en zijn parallel daaraan de tarieven voor het opnemen en storten van contant geld fors gestegen. Dit leidt tot een verslechterde toegang tot chartale diensten, terwijl contant geld juist van groot belang is voor de goede werking van het betalingsverkeer.

Ik laat de Minister van Financiën aan het woord:

‘Contant geld vervult belangrijke maatschappelijke functies. Een grote groep mensen is afhankelijk van het gebruik van contant geld, omdat zij moeite hebben met elektronische vormen van betalen. Zonder een goede toegang tot contant geld kunnen deze groepen minder goed zelfstandig meedraaien in de maatschappij. Hiernaast

is er een grote groep mensen met een voorkeur voor contant betalen, of die daartoe de mogelijkheid willen hebben. Contant geld heeft, vanwege het fysieke karakter ervan, kenmerken die van maatschappelijk belang zijn, bijvoorbeeld om gemakkelijk te budgetteren of te gebruiken in onderwijs en opvoeding over geldzaken. Contant geld is de belangrijkste terugvaloptie bij verstoringen in het elektronische toonbankbetalingsverkeer. Verder is contant geld de enige vorm van publiek geld. Via de chartale infrastructuur is er de mogelijkheid om giraal in contant, publiek geld om te wisselen en vice versa. Het is een publiek anker in het betalingsverkeer en draagt bij aan het vertrouwen in het bredere financiële systeem.²

Omdat de financiële sector, en banken in het bijzonder, een belangrijke maatschappelijke verantwoordelijkheid draagt, is de minister voornemens een wettelijk kader op te stellen voor een goed toegankelijke en voor gebruikers betaalbare chartale infrastructuur. Dit kader *verplicht* de banken zorg te dragen voor een chartale basisinfrastructuur en een goede en betaalbare chartale dienstverlening.³

Het zal zeker niet de laatste keer zijn dat er vanuit de overheid een beroep wordt gedaan op in het bijzonder de banken met een beperking van hun contractvrijheid tot gevolg.⁴

2. Zie Kamerbrief d.d. 31 mei 2023 (Vervolgstappen chartale infrastructuur), op p. 2 (rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/05/31/kamerbrief-vervolgstappen-chartale-infrastructuur).

3. Ibid. Zie over het traject dat vooraf ging aan dit voornemen: Bierens 2023, p. 221-222.

4. Ook het voorstel van de Europese Commissie d.d. 28 juni 2023 voor de Verordening inzake de digitale euro (COM/2023/369 def.) (hierna: 'Voorstel') voorziet in diverse inperkingen van de contractvrijheid. Zo zijn banken die betaaldiensten aanbieden *verplicht* (1) basisdiensten in digitale euro's aan te bieden aan consumenten, (2) steun te bieden voor digitale inclusie aan personen met een handicap, functionele beperkingen of beperkte digitale vaardigheden, en aan ouderen (art. 14 Voorstel). Verder voorziet art. 17 Voorstel in prijstarifiering. Basisdiensten in digitale euro's zijn voor consumenten gratis, de kosten die in rekening worden gebracht aan handelaren zijn aan beperkingen onderworpen. Er is ook aandacht voor de interactie tussen het recht op basisdiensten in digitale euro's en de naleving van de anti-witwasregels, in het bijzonder in relatie tot de financiële inclusie van kwetsbare groepen (art. 14 lid 5 Voorstel). Zie nader: COM/2023/369, p. 15 en o.v.w. (27)-(30); Oudhuis & Van Hengel 2023. Zie over het voortraject: Bierens & Van Geijn 2021.

Literatuurlijst

Allertz, Van Rhijn & Rense 2021

S. Allertz, E.R. van Rhijn & J.F. Rense, 'Hoofdstuk 8 — Sancties', in: F.M.A. 't Hart & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *CDD, Wwft en Sw voor de financiële sector* (FJR 19), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 191-204.

Amar 2023

Y. Amar, 'Privaatrechtelijke aspecten van het Europees sanctierecht', *MvV* 2023, afl. 2, p. 73-81.

Ancery 2017

A.G.F. Ancery, 'Het swappen van mededelingsplichten', *MvV* 2017, afl. 11, p. 332-340.

Arner e.a. 2019

D.W. Arner e.a. (red.), *Systemic Risk in the Financial Sector. Ten Years After the Great Crash*, Waterloo: CIGI Press 2019.

Van der Beek & Van den Heuvel 2020

M. van der Beek & R.F. van den Heuvel, 'Tussen poortwachtersfunctie en toegang tot een nutsvoorziening: over de zakelijke betaalrekening in het Koninkrijk', *FRP* 2020, afl. 6, p. 54-64.

Van der Beek & Kolstee 2022

M. van der Beek & H.J.Th. Kolstee, 'Bancaire zorgplicht versus contractsvrijheid', *MvV* 2022, afl. 6, p. 212-220.

Bertrams & Hekman 2020

R.I.V.F. Bertrams & T. Hekman, 'Betaalrekeningen en Wwft-issues: van opzegging tot contracteerplicht', *FIP* 2020, afl. 7, p. 39-49.

Biemans & Van Schaick 2021

J.W.A. Biemans & A.C. van Schaick, *Asser Deel 7-IA, Bijzondere overeenkomsten, De kredietovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Bierens 2013a

B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013/3.

Bierens 2013b

B. Bierens, 'Het productontwikkelingsproces voor financiële ondernemingen: meer veiligheid maar ook nieuwe valkuilen', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (SOR deel 78), Deventer: Kluwer 2013, p. 461-510.

Bierens 2020

B. Bierens, *Geld in het vermogensrecht* (Monografieën BW, deel A17), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Bierens 2023

B. Bierens, 'Financiële inclusiviteit in een mondiaal, Europees en Nederlands perspectief', *SEW* 2023, afl. 5, p. 212-224.

Bierens & Van Geijn 2021

B. Bierens & K.M. van Geijn, 'Op weg naar de digitale euro?' *FR* 2021, afl. 11, p. 384-394.

Binder 2021

J.-H. Binder, 'Chapter 12 – Central Counterparties Insolvency and Resolution in the EU', in: J.-H. Binder & P. Saguato (red.), *Financial Market Infrastructures – Law and Regulation*, Oxford: OUP 2021, p. 295-318.

Bokman & Van Leeuwen 2023

A. Bokman & K.B. van Leeuwen, 'EMIR 3.0: risicomitigatie of industriepolitiek?', *FR* 2023, afl. 9, p. 269-276.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Boom 2023

W.H. van Boom, *Ruilrechtvaardigheid en privaatrecht. Over evenwicht en het eindsel van contractvrijheid* (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom juridisch 2023.

Bouwman 2023

T. Bouwman, *Nudging in het contractenrecht ter bescherming van zwakkere partijen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2023.

Broekhuizen 2016

K.W.H. Broekhuizen, *Klant, belangenconflict en zorgplicht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom juridisch 2016.

Broekhuizen 2018a

K.W.H. Broekhuizen, 'Loyaliteit en zorgvuldigheid in het financiële recht', *MvV* 2018, afl. 6, p. 212-223.

Broekhuizen 2018b

K.W.H. Broekhuizen, 'Markten, mensen en zorgvuldigheid' (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2018, afl. 9, p. 447-455.

Broekhuizen 2022

K.W.H. Broekhuizen, 'Hoofdstuk 4 — Beleggingsondernemingen', in: M. Haentjens, R.P. Raas & W.A.K. Rank (red.), *Compendium Financieel Recht*, Den Haag: Sdu 2022.

Broekhuizen & Labeur 2006

K.W.H. Broekhuizen & R.E. Labeur, 'Verantwoorde kredietverlening aan consumenten', *FR* 2006, afl. 10, p. 248-254.

Busch 2014

D. Busch, *Vermogensbeheer* (Monografieën BW, deel B8), Deventer: Kluwer 2014.

Busch 2015

D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten* (Preadvies Vereniging voor Financieel Recht) (VHI-reeks deel 130), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Busch 2020

D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020/7, p. 452-467.

Busch 2021a

D. Busch, 'Hoofdstuk 5 — Beleggingsondernemingen', in: D. Busch, C.W.M. Lieverse & J.W.P.M. van der Velden (red.), *Leerboek Financieel Recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 159-197.

Busch 2021b

D. Busch, 'Hoe "hard" is "soft law"?', *FR* 2021, afl. 11, p. 365-366.

Busch 2023a

D. Busch, 'EU Sustainable Finance Disclosure Regulation', *CMLJ* 2023, afl. 3, p. 303-328.

Busch 2023b

D. Busch, 'De complexe verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de financiële sector – doorwerking in drievoud', *NTBR* 2023/23, afl. 5, p. 214-233.

Busch & Van Dam 2017

D. Busch & C.C. van Dam (red.), *A Bank's Duty of Care*, Oxford: Hart 2017.

Busch, Ferrarini & Grünewald 2021

D. Busch, G. Ferrarini & S. Grünewald (red.), *Sustainable Finance in Europe*, Switzerland: Springer Nature Group 2021.

Busch & Lehmann 2023

D. Busch & M. Lehmann (red.), *Unfair Terms in Banking and Financial Contracts*, Oxford: OUP 2023.

Busch & Lieveerse 2019

D. Busch & C.W.M. Lieveerse (red.), *Handboek Beleggingsondernemingen – Deel I & II* (SOR deel 112-I & II), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Castermans & Den Hollander 2012

A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Dwaling tussen privaats- en publiekrecht', *WPNR* 2012, afl. 6940, p. 563-574.

Cherednychenko 2022a

O.O. Cherednychenko, 'Mensenrechten, contractenrecht en internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen', *NTBR* 2022/47, afl. 10, p. 414-422.

Cherednychenko 2022b

O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 142-155.

Claase 2019

L. Claase, 'Hoofdstuk 12 – AFM', in: B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman (red.), *Handboek Wwft* (SOR deel 111), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 273-299.

Claase 2021

L. Claase, 'Hoofdstuk 11 – Toezicht en handhaving', in: F.M.A. 't Hart & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *CDD, Wwft en Sw voor de financiële sector* (FJR 19), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

Claase & De Wit 2023

L. Claase & A.L.J. de Wit, 'Poortwachters- en integriteitstoezicht van de AFM', *FR* 2023, afl. 4, p. 118-127.

Colaert 2018

V. Colaert, 'Investor Protection in the Capital Markets Union', in: D. Busch, E. Avgouleas & G. Ferrarini (red.), *Capital Markets Union in Europe*, Oxford: OUP 2018, p. 341-371.

Colaert 2019

V. Colaert, 'Product Intervention: A Cross-Sectoral Analysis', in: V. Colaert, D. Busch & T. Incalza (red.), *European Financial Regulation. Levelling the Cross-Sectoral Playing Field*, Oxford Hart/Bloomsbury 2019, p. 395-402.

Christianen 2023

K. Christianen, 'DORA: meer veiligheid door samenwerking tussen toezicht-recht en civiel recht', *MvV* 2023, afl. 6, p. 197-207.

Van Dijk 2023

J. van Dijk, 'Financiële duurzaamheidswetgeving als taal: een didactische behandeling van het transparantieraamwerk', *AA* 2023, afl. 9, p. 684-696.

DNB 2022

DNB, 'Van herstel naar balans' (8 september 2022) (te downloaden via dnb.nl/media/2ambmvxt/van-herstel-naar-balans.pdf).

Doorenbos 2023

D.R. Doorenbos, 'Strafrechtelijke handhaving van de Wwft bij grootbanken, Een bedenkelijke ontwikkeling', *FR* 2023, afl. 4, p. 110-117.

Van Engelenburg 2022

H.B. van Engelenburg, 'De Europese wetgeving inzake duurzame financiering als basis voor civielrechtelijke acties tegen beleggingsdienstverleners', *FRP* 2022, afl. 5.

Enriques & Gilotta 2015

L. Enriques and S. Gilotta, 'Disclosure and financial markets regulation', in: N. Moloney, E. Ferran & J. Payne (red.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford: OUP 2015, p. 511-536.

Van Esch 2023

R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer* (R&P FR 7), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Frielink, Van Eersel & Van der Wulp 2020

K. Frielink, M. van Eersel & M.T. van der Wulp, *Toezicht trustkantoren in Nederland* (R&P FR 5), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Gilmour & Hicks 2023

N. Gilmour & T. Hicks, *The War on Dirty Money*, Bristol: Policy Press 2023.

Graaf & Stegeman 2011

F.G.B. Graaf & R.A. Stegeman, *Regulering van de otc-derivatenmarkt in de EU en de VS* (preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2011.

Grundmann-Van de Krol 2021

C.M. Grundmann-van de Krol, annotatie bij HvJ EU 15 juli 2021, C-911/19, ECLI:EU:C:2021:599 (*Fédération Bancaire Française (FBF)/Autorité de Contrôle Prudential et de Resolution (ACPR)*), *Ondernemingsrecht* 2021/103, afl. 14, p. 652-656.

Haasjes & Heezen 2023

A.J. Haasjes & M. Heezen, 'Opzegging van bancaire relaties. Van ING/De Keijzer beheer naar ING/Yin Yang', *MvV* 2023, afl. 5, p. 174-184.

Haentjens 2023

M. Haentjens, 'Tussen contractdwang en beëindigingsplicht', *RMThemis* 2023, afl. 4, p. 225-233.

't Hart 2021

F.M.A. 't Hart, 'Hoofdstuk 7 – Afscheid nemen doet pijn', in: F.M.A. 't Hart & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *CDD, Wwft en Sw voor de financiële sector* (FJR 19), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 149-189.

't Hart 2022

F.M.A. 't Hart, 'Contracteerplicht en afscheidsplicht', *FR* 2022, afl. 7/8, p. 171-182.

't Hart 2023

F.M.A. 't Hart, 'Ambtshalve toetsing', *FR* 2023, afl. 10, p. 315-320.

't Hart & Du Perron 2006

F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?* (preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006) (VHI deel 90), Deventer: Kluwer 2006.

't Hart & Palm-Steyerberg 2021

F.M.A. 't Hart & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *CDD, Wwft en Sw voor de financiële sector* (FJR 19), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

Hartkamp 2023

A.S. Hartkamp, *Asser 3-I, Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Hasenpusch & Stegeman 2023

T. Hasenpusch & R. Stegeman, 'Chapter 2 — OTC Derivatives Clearing Explained', in: B. Zebregs e.a. (red.), *Clearing OTC Derivatives in Europe*, Oxford: OUP 2023, p. 15-33.

Heemskerk & Cox 2023

P. Heemskerk & R.H.J. Cox, 'Bancaire klimaataansprakelijkheid onder invloed van duurzaamheidswetgeving', *MvV* 2023, afl. 3, p. 93-106.

Hoefnagels 2022

P.B. Hoefnagels, 'De MICA: een gereguleerd ecosysteem voor cryptoactiva', in: M.J. van Loopik & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance* (Lustrumbundel Vereniging voor Financieel Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 3-25.

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015.

Houben 2020

I.S.J. Houben, 'Contractvrijheid voor de bank? Opzegging van een betaalrekening', *MvV* 2020, afl. 7/8, p. 287-293.

Incalza 2022

T. Incalza, 'De-risking en anti-de-risking inzake witwassen en terrorismefinanciering', *Forum Financier/Droit Bancaire et Financier* 2022, afl. 4, p. 261-279.

Jansen 2015

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^e eeuw* (SOR deel 87), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Jansen 2016

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht 1940-1992* (SOR deel 93), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Jansen 2023

C.J.H. Jansen, 'Contractsvrijheid en prijzen – 1914-1964', in: W.H. van Boom, S.E. Bartels & R. Leuyerink (red.), *Prijs & privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2023.

Joosen 2021

E.P.M. Joosen, 'De Implementatiewet verliesabsorptie- en herkapitalisatiecapaciteit van banken en beleggingsondernemingen', *FR* 2021, afl. 3, p. 103-110.

Jorritsma 2023

J.J. Jorritsma, 'De uitbreiding van de ken-uw-cliënt verplichting met de duurzaamheidsvoorkeuren van de belegger: op naar een duurzaamheidszorgplicht voor de beleggingsdienstverlener?', *FR* 2023, afl. 3.

Van Kleef 2023

D.G. van Kleef, 'Naar een nieuwe maatmens in het financieel recht?', *MvV* 2023, afl. 2, p. 82-91.

Klik 1992

P. Klik, *Contractsdwang* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1992.

De Kluiver 2023

H.-J. de Kluiver, 'Towards a Framework for Effective Regulatory Supervision of Sustainability Governance in Accordance with the EU CSDD Directive. A Comparative Study', *ECFR* 2023, afl. 1, p. 203-239.

Kötz 2016

H. Kötz, *European Contract Law*, Oxford: OUP 2016.

Labeur 2022

R.E. Labeur, 'Vermogensbeheerders & duurzaamheidstransparantie', in: M.J. van Loopik & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance* (Lustrumbundel Vereniging voor Financieel Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 269-289.

De Lange 2020

T. De Lange, 'Het recht op een bankrekening voor vreemdelingen in Nederland', *Asiel & Migrantenrecht* 2020, afl. 6/7, p. 296-301.

Lieverse 2020

C.W.M. Lieverse, 'De toetsing van oneerlijke bedingen in kredietovereenkomsten en verzekeringsovereenkomsten aan Richtlijn 1993/13', in: D. Busch e.a. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector* (Bundel ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van het Instituut voor Financieel Recht) (SOR nr. 122), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 63-121.

Lieverse 2022

Annotatie van C.W.M. Lieverse bij *ING Bank N.V./Yin Yang c.s., Ondernemingsrecht* 2022/21, afl. 3.

Lieverse & Louisse 2019

C.W.M. Lieverse & M.L. Louisse, 'Hoofdstuk 3 — Banken', in: B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman (red.), *Handboek Wwft* (SOR deel 111), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 33-69.

Van Loopik & Palm-Steyerberg 2022

M.J. van Loopik & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance* (Lustrumbundel Vereniging voor Financieel Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Loos 2022

M.B.M. Loos, 'No Plan B for Traders Using Unfair Terms. Court of Justice Excludes Application of Default Rules Replacing an Unfair Term', *Journal of European Consumer and Market Law* 2022, afl. 1, p. 23-26.

Louisse 2013

M.L. Louisse, 'Het recht op een betaalrekening is een feit, maar wel een beperkt feit', *V&O* 2013, afl. 1, p. 11-15.

Michiels van Kessenich 2019

G.J. Michiels van Kessenich, 'Hoofdstuk 13 — DNB', in: B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman (red.), *Handboek Wwft* (SOR deel 111), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 301-322.

Mijnssen 2017

F.H.J. Mijnssen, *De verbintenis tot betaling van een geldsom* (Monografieën BW, deel B-8), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Moloney 2010

N. Moloney, *How to Protect Investors — Lessons from the EC and the UK*, Cambridge: CUP 2010.

Moloney 2023

N. Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, Oxford OUP 2023.

Nephew 2023

R. Nephew, *The Art of Sanctions – A View from the Field*, New York: Columbia University Press 2023.

Nieuwenhuis 2009

H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht' (afscheidsrede Leiden), *NJB* 2009/1711.

Nuijten 2023

S.M.C. Nuijten, 'Van poortwachters en witwassers. Ontwikkelingen in het toezicht op de Wwft', *FR* 2023, afl. 4, p. 141-148.

NVB 2022

NVB, 'Ongewenste effecten van de-risking voor klanten en banken, Analyse van de Nederlandse Vereniging van Banken met ondersteuning van PwC, september 2022' (te downloaden via nvb.nl/nieuws/banken-hinder-voor-klanten-door-witwasaanpak-verminderen/).

Ortelani & Louisse 2021

P. Ortelani & M. Louisse (red.), *The EU Crowdfunding Regulation*, Oxford: OUP 2021.

Oudhuis & Van Hengel 2023

C.A.R. Oudhuis & S. van Hengel, 'Praktische implicaties van de digitale euro voor de bedrijfsjurist', *Bb* 2023/48, p. 198-202.

Pattiselanno 2019

R.A. Pattiselanno, 'Hoofdstuk 11 – Het productontwikkeling- en goedkeuringsproces bij beleggingsondernemingen', in: D. Busch & C.W.M. Lieverse (red.), *Handboek Beleggingsondernemingen – Deel I* (SOR deel 112-I), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 695-769.

Pavillon & Spanjaard 2021

C. Pavillon & J. Spanjaard, 'Civielrechtelijke sancties op oneerlijke bedingen. De 'alles of niets' benadering bevestigd', *NJB* 2021/1392, p. 1562-1569.

Peek 2022

S.M. Peek, 'Sanctieregelgeving en handhavingsrisico', *FR* 2022, afl. 7/8, p. 183-189.

Van Poelgeest 2020

J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten* (R&P FR 8), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Van Poelgeest 2023

J.M. van Poelgeest, 'De richtlijn consumentenkrediet geüpdatet', *FIP* 2023, afl. 4, p. 11-16.

Van Praag & Hoefnagels 2023

E.J. van Praag & P.B. Hoefnagels, 'Consumenten moeten meer beleggen; over de EU Retail Investment Strategy', *FR* 2023, afl. 7/8, p. 243-251.

Raas 2019

R.P. Raas, 'Hoofdstuk 16 – Beleggingsondernemingen, ken uw cliënt!', in: D. Busch & C.W.M. Lieverse (red.), *Handboek Beleggingsondernemingen – Deel II* (SOR deel 112-II), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 973-1006.

Raas 2022

R.P. Raas, 'Duurzaamheidsvoorkeuren: een hernieuwde kennismaking', in: M.J. van Loopik & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance* (Lustrumbundel Vereniging voor Financieel Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 291-309.

Rapport KWINK Groep 2020

KWINK Groep, *Evaluatie wettelijke regeling productontwikkelingsproces* (5 juni 2020) (te downloaden via kwinkgroep.nl/2020/06/evaluatie-wettelijke-regeling-productontwikkelingsproces-artikel-32-bgfo-wft/).

Van Rijn 2022

M.B.J. van Rijn, 'Hoofdstuk 2 – DORA: beheersing van ICT-risico's en Europees toezicht op BigTech-ondernemingen', in: M.J. van Loopik & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance* (Lustrumbundel voor de Vereniging voor Financieel Recht 2022) (VHI-serie nr. 179), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 27-47.

Riyazi 2023

T. Riyazi, 'De Corporate Sustainability Due Diligence Directive en contractuele verhoudingen', *ORP* 2023, afl. 6, p. 14-21.

Rutgers 2022

J. Rutgers, 'Kroniek van het Europees privaatrecht', *NJB* 2022/956, p. 1237-1245.

Schelhaas & Spanjaard 2021

H.N. Schelhaas & J. Spanjaard, 'Boterzacht criterium met messcherp gevolg. Europees Hof zet streep door de rol van vervangend aanvullend recht na vernietiging van een oneerlijk beding', *MvV* 2021, afl. 4, p. 137-147.

De Serière 2021

V.P.G. de Serière, 'Het spanningsveld tussen het Europese toezicht en het burgerlijk recht', *WPNR* 2021, afl. 7342, p. 755-767.

De Serière 2023a

V.P.G. de Serière, *Asser 2-IV, Rechtspersonenrecht, Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

De Serière 2023b

V.P.G. de Serière, 'Chapter 12 — Recovery and Resolution of CCPs', in: B. Zebregs, V.P.G. de Serière, P. Pearson & R. Stegeman (red.), *Clearing OTC Derivatives in Europe*, Oxford: OUP 2023, p. 361-395.

De Serière & Jennen 2017

V.P.G. de Serière & B.C.G. Jennen, 'De betekenis van 'soft law' in de financiële toezichtwetgeving', *Ondernemingsrecht* 2017/143, afl. 17, p. 796-808.

Sieburgh 2022

C.H. Sieburgh, *Asser 6-III, Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Snijder-Kuipers 2023

B. Snijder-Kuipers, 'Nieuwe Europese anti-witwaswetgeving', *FR* 2023, afl. 4, p. 149-153.

Snijder-Kuipers & Tilleman 2019

B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman (red.), *Handboek Wwft (SOR deel 111)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Tromp 2023

J.W.M. Tromp, 'Overheidsrechtspraak in financiële geschillen: eenheid in verscheidenheid?', *FR* 2023, afl. 10, p. 295-303.

Vranken 2020

J.B.M. Vranken, 'De afwikkeling van massaschade door de rechter lijkt onbegonnen werk', *NJB* 2020/2805, p. 3142-3151.

De Waal & Van der Hoek 2022

C.L.J.M. de Waal & F. van der Hoek, 'Decennia denken over Dexia', *NJB* 2022/1514, p. 1836-1843.

Wallinga 2015

M.W. Wallinga, 'De invloed van Europese soft law op privaatrechtelijke normstelling op het gebied van financiële dienstverlening', *NTBR* 2015/40, afl. 9, p. 266-273.

Van der Wiel 2010

B.T.M. van der Wiel, 'De marginverplichting bij handel in aandelenopties', *MvV* 2010, afl. 6, p. 149-157.

Van der Wiel & Van Aerde 2013

B.T.M. van der Wiel & A.M. van Aerde, 'Hoofdstuk 14 – Zorgplicht bij consumentenkredietverstrekking', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (SOR deel 78), Deventer: Kluwer 2013, p. 511-542.

