

W.H. van Boom, Contractueel evenwicht als streefmoraal – Beschouwingen over het economische waardensysteem naar aanleiding van Van Gervens ‘Het beleid van de rechter’, in: V. Sagaert, M. Storme en A. Van Hoe (red.), *Vijftig jaar het beleid van de rechter*, Antwerpen: Wolters Kluwer 2024, p. 89-102

I. Inleiding

1. In zijn behandeling van verschillende denkers over rechtvaardig privaatrecht, bespreekt Van Gerven in zijn boek *Het beleid van de rechter* onder meer het uitgangspunt dat naarmate een regelsysteem meer is gebaseerd is op een binnen de maatschappij gedeeld waardensysteem, de ervaren rechtvaardigheid van dat systeem zal toenemen¹. Kort gezegd: het draagvlak voor een regelsysteem hangt samen met de ervaren rechtvaardigheid van de onderliggende waarden. Van Gerven komt in dat verband uitgebreid stil te staan bij Lon Fuller’s *Morality of Law* (1964), een werk dat een belangrijke bijdrage leverde aan het denken over de morele lading van rechtssystemen en de eisen die aan gelding van recht moeten worden gesteld. Van Gerven bespreekt een aantal punten uit het werk van Fuller die hem relevant toeschijnen. Zo onderscheidt hij ‘twee zones’, de voor de sociale orde noodzakelijke minimumregels (plichtmoraal) van de meer ambitieuze regels die volmaaktheid nastreven van mens en maatschappij (streefmoraal). Dat onderscheid komt men ook tegen – aldus Fuller, en Van Gerven lijkt ermee in te stemmen – in het denken over economische verhoudingen². In de zone van de streefmoraal is bij het opstellen van rechtsregels ruimte voor afwegingen die zich laten vergelijken met de wijze van redeneren bij de economische theorie van het grensnut, aldus Van Gerven³.

2. De studie van Fuller brengt Van Gerven ook het inzicht dat economische verhoudingen in wederkerigheidstermen begrepen kunnen worden. Zo beginnen sommige economen bij de *ruilverhoudingen* bij economische uitwisseling; zij veronderstellen een sociale omgeving (omdat er anders niet te ruilen valt) en stellen eigendom en contract centraal als instituties die ruilverhoudingen bepalen.⁴ Anderen beginnen juist bij *schaarste* en het principe van *grensnut*, waarbij een sociale omgeving niet voorondersteld hoeft te worden⁵, en waarbij vooral de rationele keuzeactor de centrale figuur is. Fuller meent, zo stelt Van Gerven, dat zowel juridische als morele verplichtingen kunnen voortvloeien uit ruilverhoudingen, maar hij benadrukt ook dat niet alle verplichtingen met ruilverhoudingen te maken hebben. Wat een verplichting – in morele of juridische zin – verbindt met die ruil is een mediërend beginsel, namelijk dat van de wederkerige verhouding (de *relationship of reciprocity*)⁶. Van Gerven legt vervolgens deze *relationship of reciprocity* langs de lat van de plichtenleer⁷ en stelt:

“Zoals in de ruileconomie staat ook in de 'plichtenleer' het wederkerigheidsbegrip centraal in die zin o.m. dat de grootste garantie voor de doelmatigheid van een verplichting erin bestaat: 1 dat de verplichting is ontstaan uit een vrijwillige overeenkomst tussen partijen; 2 dat de

¹ W. van Gerven, *Het beleid van de rechter* (Antwerpen/Zwolle: Standaard / Tjeenk Willink 1973), 119 e.v.

² W. van Gerven 1973, 123-124.

³ W. van Gerven 1973, 123-124, 128.

⁴ W. van Gerven 1973, 123.

⁵ W. van Gerven 1973, 121-122.

⁶ W. van Gerven 1973, 122.

⁷ Uit de context begrijp ik dat Van Gerven hier doelt op de streefmoraal.

verplichtingen van beide partijen nagenoeg gelijkwaardig zijn; 3 dat de posities in de maatschappij voldoende omkeerbaar zijn zodat gij mij morgen of overmorgen zult verschuldigd zijn wat ik u heden schuldig ben”.

Dit is een fascinerende passage waar ik in deze bijdrage uitgebreid bij stilsta. Als we deze passage volgen en beschouwen als een beleidsopdracht aan juristen⁸, dan dienen zij elke wederkerige verhouding te toetsen aan het doelmatigheidsvereiste en mogen zij concluderen dat deze daarmee in overeenstemming is als deze in vrijwilligheid is overeengekomen (*vrijwilligheid*), de verplichtingen over en weer nagenoeg gelijkwaardig zijn (*gelijkwaardigheid*) en de maatschappelijke posities van partijen zodanig zijn dat ze eenvoudig elkaars rollen in het contract zouden kunnen overnemen (*omkeerbaarheid*). Ik zal deze drie facetten van doelmatigheid, zoals Van Gerven het noemt, in deze bijdrage nader verkennen en in perspectief plaatsen.

II. Vrijwilligheid en omkeerbaarheid

A. De volkomen markt

3. Westerse marktdemocratieën hebben als fundament de verworvenheden van de geleide markteconomie, waarbij een aantal uitgangspunten elkaar in evenwicht houden. De geleide markteconomie is nauw verbonden met (maar niet synoniem aan) het ideaaltype van de *volkomen* markt. *Vrijwilligheid* en dus *autonomie* zijn kernwaarden van het ideaaltype van deze volkomen markt⁹. De volkomen markt hoeft door het recht slechts te worden gefaciliteerd door het beginsel van contractsvrijheid: niemand is verplicht te contracteren, maar degene die contracteert is gehouden aan de verbintenissen waarmee werd ingestemd.

4. De vooronderstellingen van de volkomen markt zijn aanzienlijk¹⁰. Er vindt op die markt vrije prijsvorming plaats op basis van decentrale vrijwilligheid, dat wil zeggen op basis van besluitvorming van economische actoren buiten staatsinmenging. Daarbij geldt als vooronderstelling dat deze actoren rationeel denken over hun preferenties, mogelijkheden en capaciteiten, rationeel beslissen in het licht van de beschikbare informatie en rationeel handelen op basis daarvan. Het zijn rationelekeuzeactoren die op basis van verwacht nut contracteren en andere transactiebesluiten nemen¹¹. Het gaat in dit klassieke economische model idealiter om (i) voldoende aanbieders die met betrekking tot homogene producten in onafhankelijkheid interageren met voldoende vragers (die ook onafhankelijk van elkaar opereren), (ii) op basis van volkomen informatie over hun eigen preferenties en de volgorde van die preferenties, en (iii) op basis van volkomen transparantie van het keuzeaanbod van producten op de markt alsook de prijsstelling daarvan, en (iv) met (dus) kennis over de mate

⁸ Zie bijv. W. van Gerven 1973, 159. Het boek van Van Gerven kan worden gelezen als één groot pleidooi voor *engagement* van juristen, opdat zij bijdragen aan het bereiken van maatschappelijk aanvaardbare oplossingen.

⁹ Boekenkasten zijn volgeschreven over het wezen van autonomie en de plaats ervan in ons privaatrecht. Zie uit mijn boekenkast bijv. M.W. Hesselink, *Justifying Contract in Europe - Political Philosophies of European Contract Law* (Oxford: Oxford University Press 2021), 255 e.v.

¹⁰ Voor een eerste ingang tot deze neoklassieke benadering van schaarste, utiliteit en marktwerking, zie bijv. J. Graafland, *Ethics and Economics - An Introduction to Free Markets, Equality and Happiness* (London/New York: Routledge 2022), 15 e.v.

¹¹ Onder transactiebesluit versta ik elk besluit genomen door een economische actor over de vraag, of en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden zij instemt met het aangaan van een overeenkomst, deze geheel of gedeeltelijk nakomt of beëindigt, of zij een contractueel recht uitoefent, een en ander ongeacht of de actor overgaat tot handelen. Deze ruime omschrijving sluit aan bij het Europeesrechtelijke begrip ‘transactiebesluit’ dat we o.a. in art. 2 aanhef en onder k Richtlijn 2005/29/EG (Oneerlijke Handelspraktijken) aantreffen.

waarin dat aanbod de eigen preferenties weet te bevredigen. Gesteld overigens dat deze contracten (v) geen negatieve externaliteiten teweegbrengen en er evenmin (vi) prohibitieve transactiekosten bestaan, dient het recht er primair voor te zorgen dat eenmaal gesloten contracten afdwingbaar zijn. Op deze volkomen markt is de keuze om al dan niet een contract te sluiten een autonoom transactiebesluit, maar een eenmaal gesloten contract geldt voor partijen als wet.

B. Omkeerbaarheid?

5. Bij dit ideaaltype van vrijwilligheid hoort een zekere mate van *omkeerbaarheid*, zoals Van Gerven het uitdrukt. Ik denk niet dat het vereiste zo strikt begrepen moet worden als Van Gerven lijkt te suggereren. In het economische verkeer zijn rollen zelden uitwisselbaar. Misschien dat bij bepaalde vormen van handel drijven rollen kunnen omkeren (denk aan commissiehandel), maar over het algemeen is het juist het proces van arbeidsdeling en specialisatie kenmerkend voor moderne economieën en dus zijn de rollen die we aannemen bij transactiebesluiten juist minder eenvoudig omkeerbaar. De rolverdeling van productie en consumptie is statischer dan we willen toegeven; de rollen van consument, detailhandelaar, groothandelaar, producent, distributeur, *franchisee* en *franchisor*, en zo verder, zijn ingesleten en niet zomaar omkeerbaar. Natuurlijk zijn de vrijheden van beroep en bedrijf het raamwerk voor omkeerbaarheid *in abstracto*: elk persoon mag pogen de eigen toekomst in te vullen door elke vorm van bedrijvigheid na te streven, of het nu consumeren of produceren is, of iets ertussenin. Maar dat betekent niet dat we de passage “zodat gij mij morgen of overmorgen zult verschuldigd zijn wat ik u heden schuldig ben” te letterlijk moeten nemen. Wat er wel onder verstaan kan worden is dat op de volkomen markt partijen over en weer door contract gebonden raken en hun schulden wederkerig zijn. Deze wederkerigheid roept bovendien de vraag op of daarin ook een vereiste besloten ligt van ruilrechtvaardigheid, van ‘approximatieve equivalentie’ van de tegenover elkaar staande verbintenissen. Daarover kom ik in de volgende paragraaf nader te spreken. Hier is eerst nog van belang om aandacht te schenken aan de vooronderstellingen van de volkomen markt.

C. Hoe het recht wil helpen

6. De volkomen markt is een ideaaltype, in werkelijkheid bestaat ze niet en hooguit kan het ideaal in bepaalde opzichten worden genaderd. De genoemde vooronderstellingen zijn dus vaak niet vervuld en de instrumentele rol van het recht kan zijn om juist oplossingen te formuleren voor de problematische gevolgen daarvan. Ik noem wat voorbeelden.

Als er onvoldoende aanbieders of vragers zijn, of als zij niet onafhankelijk van elkaar opereren, dan activeren we het mededingingsrecht om misbruik van economische machtspositie tegen te gaan en om verboden mededingingsafspraken aan te pakken.

Als de markt onvoldoende transparantie weet te bereiken over relevante informatie die gemiddelde contractanten nodig hebben om een geïnformeerd transactiebesluit te nemen, dan overwegen we wettelijke informatieverplichtingen. Die kunnen variëren van open normen die bijvoorbeeld verplichten om transparant te zijn over prijs tot zeer gerichte normstelling die aanbieders van wasmachines verplicht een energieverbruiklabel volgens vast protocol op te stellen en op aangeboden apparatuur aan te brengen. De rechter voert op dit vlak duidelijk beleid, waar zij een stelsel van precontractuele informatieverplichtingen en zorgplichten heeft opgebouwd, bijvoorbeeld in het domein van financiële dienstverlening.

Als een contract negatieve externaliteiten teweegbrengt – denk aan schade aan gezondheid van derden of aan de leefomgeving¹², en zelfs aan systemische risico's zoals inbreuk op het vertrouwen in de integriteit van financiële markten – dan probeert het recht met duwtjies in de goede richting of, in het uiterste geval, met een wettelijke dwang wat betreft totstandkoming, inhoud of juist niet-totstandkoming de partijwil te geleiden naar de voor de maatschappij als geheel optimale uitkomst. Dit kan variëren van een wettelijk vereist informerend energieverbruiklabel tot dwingende standaarden voor de herkomst, samenstelling of kwaliteit van het te verkopen goed of tot het verbod om bepaalde producten aan bepaalde personen aan te bieden¹³. Ook hier voert de rechter beleid, zij het op het oog een terughoudend beleid. Nietigverklaring van contracten wegens strijd met openbare of goede zeden bestaat zeker nog wel als doctrine, maar een actief gebruik ervan lijkt niet te worden gemaakt (althans, niet in Nederland). Dit zal met de ingrijpende restitutierechtelijke gevolgen van doen hebben, maar vermoedelijk ook met de arbeidsdeling tussen wetgever en rechter.

En wat betreft de reductie van transactiekosten, daarbij kan het recht bijvoorbeeld helpen door wettelijke standaardisatie op te leggen – van gestandaardiseerde communicatie over ontbindingsformulieren bij overeenkomsten op afstand tot forfaitaire vergoedingen bij wanprestatie of proceskostenveroordeling – of door andere obstakels weg te nemen die in de weg staan aan een efficiënt contracteerproces¹⁴. De rechter voert hier soms beleid, maar niet vaak in een contractenrechtelijke context. Vaker zien we bij het buitencontractuele schadevergoedingsrecht en massaschadegevallen de neiging om afwikkelingskosten te reduceren met behulp van eenvormige schadebepaling en standaardisering.

D. Effectiviteit?

7. Dit zijn zo maar wat voorbeelden van manieren waarop de niet-bestaande volkomen markt een stukje dichterbij kan worden gebracht met behulp van rechtsregels. Het is wel zaak om te onderzoeken, zowel op voorhand (*ex ante*) als achteraf (*ex post*), of de betreffende rechtsregels wel doen wat we ervan verwachten. Dit is het domein van effectiviteitsstudies, een discipline overstijgende bezigheid die met methoden van de sociale wetenschappen een heel praktische vraag probeert te beantwoorden: in hoeverre werkt het, wat kost het, zijn er betere en/of goedkopere beleidsalternatieven. Het denken daarover heeft sinds de jaren zeventig, toen Van Gerven zijn boek publiceerde, grote vlucht genomen¹⁵. We weten vandaag veel beter dan toen wat die instrumentele functie is of kan zijn, en zowel in voorgenomen wetgeving als bij *ex post*-evaluatie van bestaande wetgeving worden uitdrukkelijker vragen gesteld als: wat wil deze regel bereiken, hoe sluit dat aan bij verbetering van de werking van de markt en zijn er minder bezwaarlijke alternatieven denkbaar. Deze benadering van *ex ante*- en *ex post*-wetgevingsevaluatie heeft in de afgelopen vijftig jaar aanzienlijk aan belang

¹² Rond de tijd van verschijnen van het boek van Van Gerven waren externaliteiten hoog op de beleidsagenda's gezet door het rapport *Grenzen aan de groei (The Limits to Growth: a global challenge)* van de zogeheten Club van Rome (1972). Inmiddels is een nog ernstiger doemscenario ontstaan door mondiale opwarming.

¹³ Voor tal van voorbeelden hiervan in de financiële sector zie het binnenkort te verschijnen preadvies 2023 voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht van D. Busch, *Contractdwang en contractvrijheid*.

¹⁴ Zie over transactiekosten bijv. de bespreking en verwijzingen bij S. Grundmann e.a., *New Private Law Theory - A Pluralist Approach* (Cambridge: Cambridge University Press 2021), 71 e.v.

¹⁵ Zie met nadere verwijzingen W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt - Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt* (Den Haag: Boom juridisch 2020), 251 e.v. Vgl. over wetgevingskwaliteit ook W. van Gerven en S. Lierman, *Algemeen Deel - Veertig jaar later (Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing - Beginselen van Belgisch Privaatrecht I)*, (Mechelen: Kluwer 2010), 175 e.v.

gewonnen en hoewel ze zeker niet perfect functioneert, geeft ze toch een volwassen perspectief aan wetgevende ingrijpen.

Ik geef een voorbeeld: in de regulering van het financiële (privaat)recht wordt stevast vertrouwd op de positieve bijdrage van rechtsregels die informatieverplichtingen opleggen. Financiële instellingen moeten zowel uit hoofde van de open normen van het privaatrecht als op grond van specifieke publiekrechtelijke normering bepaalde informatie verschaffen zodat potentiële afnemers welingelichte keuzes kunnen maken. Dat is althans het idee. Keer op keer laten wetsevaluaties evenwel zien dat het enkele feit van ter beschikking stellen van informatie niet voldoende werkt en dat wetgevers een te naïef beeld hebben van de toegevoegde waarde van hun interventies. De potentiële afnemer moet immers niet alleen interesse hebben in de informatie, deze informatie moet bovendien op het juiste moment aanwezig zijn, moet duidelijk en begrijpelijk zijn, de lezer moet de cognitieve inspanning willen verrichten die met begrijpend lezen gemoeid gaat, moet vervolgens in staat zijn om de verworven informatie te verwerken en te koppelen aan zowel de eigen preferenties als op het mogelijke alternatieve aanbod op de betreffende markt, moet zich in alternatieve transactiebesluiten willen verdiepen, en moet vervolgens ook willen handelen op de verkregen informatie. Dit is een lange causale keten tussen de enkele informatieverstrekking en een mogelijk effect op het te nemen transactiebesluit. De keten is zó lang en elke schakel in de keten is ongewis: de informatie *sec* levert nog geen gedragswijziging op. Daarom is het meten van effectiviteit van informatieverstrekking niet alleen een moeilijke opgave, keer op keer blijkt dat informatie *alleen* nooit bijdraagt aan het bereiken van de beleidsdoelstelling van het verbeteren van de keuzeautonomie van de potentiële afnemer van een financieel product. En vervolgens blijkt dat de wetgever in de val trapt van een cascade aan regulering: als de ene informatieplicht niet werkt, dan wordt rap overgestapt op de volgende. Zonder degelijk oorzakenonderzoek, helaas¹⁶.

8. Dit voorbeeld toont weliswaar dat we somber moeten zijn over het lerend vermogen van de wetgever, maar het goede nieuws is dat we steeds beter beseffen dat regelgevende interventies zoals de introductie van wetgeving die beogen het contractueel evenwicht te herstellen, in functie dienen te staan van het te bereiken beleidsdoel en dat de gekozen instrumenten zoals wettelijke informatieverplichtingen kunnen worden onderzocht en geëvalueerd op de mate van doelbereiking. In lichtere mate kan een vergelijkbare maatstaf worden aangelegd bij de beoordeling van rechterlijke interventies in het regelendrechtelijke contractenrecht waarmee een meer geleidende of zelfs dwingende regel wordt geïntroduceerd.

III. Gelijkaardigheid

A. Approximatieve equivalentie

¹⁶ Zie hierover bijv. uitgebreid C.E. de Jager, *Consumentenbescherming door informatie? Een analyse van 30 jaar beleid voor korte precontractuele informatiedocumenten over complexe financiële producten in Europa, Engeland, Nederland en Duitsland* (diss. Groningen) (Den Haag: BJu 2018); C. de Jager en Ch. Pavillon, 'Consumentenrecht: Consumentenbescherming door informatie', in: C. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies* (Den Haag: Boom juridisch 2020), 293 e.v.

9. In de plichtenleer waar Van Gerven aan refereert, staat vervolgens gelijkwaardigheid van prestaties centraal. Hier kan worden aangetekend dat gelijkwaardigheid niet gelijk is aan volgestrekte equivalentie. Immers, het subjectief nut van een verwachte prestatie zal voor de ontvanger groter moeten zijn dan voor de aanbieder, anders zal een transactie niet eenvoudig totstandkomen. Partijen moeten er elk in hun eigen beleving iets mee opschieten als ze in vrijwilligheid tot een wederkerige transactie willen geraken. Een volledige gelijkheid tussen prijs en prestatie zal – als men al gelooft in de mogelijkheid van een objectieve waardebeoordeling van prestaties – voor partijen dus niet bestaan. Vanuit het perspectief van de markt als externe meetlat is dat wel denkbaar. Zo weten we wat op enig moment groothandelsprijzen zijn voor een bepaald goed; in die prijzen zijn tal van factoren verdisconteerd, waaronder ook de potentie van het goed om in handen van een koper te worden verwerkt en van waardetoevoeging te worden voorzien zodat de koper op diens beurt kan doorverkopen of er anderszins in economische zin over kan beschikken. Het is die potentie tot waardetoevoeging die het gekochte object voor de koper utiliteit geeft boven de betaalde prijs.

Gelijkwaardigheid van prestaties zal dus veeleer zien op de approximatieve equivalentie, de gelijkwaardigheid bij benadering. De vraag is hoe men deze gelijkwaardigheid van prijs en prestatie bepaalt en dus ook weet wanneer sprake is van ongelijkwaardigheid. Art. 1108 Code Civil (Frankrijk) geeft een omschrijving van het *contrat commutatif*: een contract is commutatief als elke partij zich verbindt om de ander een voordeel te verschaffen dat als gelijkwaardig kan worden beschouwd aan het ontvangen voordeel. Dat klinkt prachtig, maar hoe weten we wanneer van die gelijkwaardigheid bij benadering en dus van ruilrechtvaardigheid kan worden gesproken?

B. Wat is waarde?

10. De vraag wat waarde is, raakt aan een oude discussie. Is het objectief mogelijk om een waarde toe te kennen aan goederen, en zo ja hoe dan¹⁷? De rekeneenheid die we in het vermogensrecht meestal voor waarde hanteren, is veelal een geldbedrag. Maar *hoe* men de hoogte het bedrag vervolgens bepaalt, is minder eenvoudig. Hieromtrent bestaan verschillende perspectieven in de economische discipline en daarbuiten¹⁸.

Degenen die het inmiddels klassieke economische dogma hanteren dat in een volkomen markt de prijs een equilibrium is in functie van schaarste, verwerpen het idee van een objectief waardebegrip. Waarde is wat mensen bereid zijn te betalen in een markt zonder marktfalen, zullen zij zeggen. Zij hebben bijvoorbeeld vanuit hun economische theorie geen oordeel over de vraag of een *designer* handtas die wordt aangeboden voor duizenden Euro's, het gevraagde bedrag waard is. Ook niet als de kosten om de tas te maken, nog geen honderd Euro bedragen. Zolang er vraag naar is en er bereidheid bestaat om de vraagprijs te betalen, is de tas het gevraagde bedrag kennelijk waard. Wat in deze visie nog wel eens wordt onderschat, is het belang van de zinsnede 'in een markt zonder marktfalen' in de zin 'Waarde is wat mensen bereid zijn te betalen in een markt zonder marktfalen'. Dat is namelijk een vooronderstelling, een voorwaarde voor het bestaan van contractueel evenwicht. En dat het equilibrium in de volkomen markt niet per se overeenkomt met het equilibrium in de echte,

¹⁷ Over het begrip 'waarde' bijv. de discussie bij M. Mazzucato, *The Value of Everything - Making and Taking in the Global Economy* (London: Penguin 2019), 6 e.v. Vgl. ook G. Chantepie, *La Lésion* (Paris: LGDJ 2006), 329 e.v.

¹⁸ Ik behandel deze thematiek uitgebreider in W.H. van Boom, *Ruilrechtvaardigheid en privaatrecht - Over evenwicht en het eindsel van contractvrijheid (oratie Nijmegen)* (Den Haag: Boom juridisch 2023).

bestaande markt, wordt dan voor het gemak wel eens vergeten. Marktfalen ligt altijd op de loer. Bovendien houdt deze klassieke visie geen rekening met de plicht van de staat – hetgeen de plichtmoraal vereist, zo men wil, en zeker een van de verworvenheden is van de geleide markteconomie – om het sociaal minimum van mensen te waarborgen en dus met een zekere verplichting om zondig in te grijpen in markten voor arbeid, wonen en eerste levensbehoeften zodat het verdiende loon in evenwicht is met woonlasten en eerste levensbehoeften zoals voeding. In de sociale marktdemocratie geeft het klassieke dogma dus wel een *belangrijk* antwoord op de vraag of er een ruilrechtvaardige verhouding bestaat tussen prijs en prestatie, en in veel gevallen is het ook het *juiste* antwoord, maar niet altijd. Interventies in het prijsmechanisme om zagezegd toegang tot “bed, bad en brood” te waarborgen, zijn soms imperatief¹⁹. Daar komt bij dat het klassieke dogma uitgaat van tal van vooronderstellingen (ik behandelde ze in de vorige paragraaf) waar heel vaak niet aan is voldaan. We moeten dus eerst terug naar de volkomen markt om te zien waar het mis kan gaan met ruilrechtvaardigheid²⁰.

C. Terug naar de volkomen markt

11. In de klassieke economische benadering is ruilrechtvaardigheid van zoveel vooronderstellingen afhankelijk, dat het niet moeilijk is om gevallen te noemen waarin ruilrechtvaardigheid onder druk komt te staan. Zo vooronderstelt de klassieke benadering dat het transactiebesluit wordt genomen op een markt waar genoeg aanbieders en vragers zijn om te kunnen kiezen. Dat vooronderstelt onder andere dat er feitelijk voldoende aanbieders en vragers actief zijn, maar ook dat de keuzeactor niet wordt beperkt door geografische beperkingen van de markt, door een informatiedeficit over alternatieve aanbieders bij het nemen van het transactiebesluit of door eigen cognitieve beperkingen en zwakheden²¹. Bovendien zijn niet alle marktdeelnemers gelijkelijk gefocust op contractvoorwaarden. Bij markten waar *repeat players* van enige omvang staan tegenover slecht geïnformeerde *one shot players* die zich niet plegen te verdiepen in algemene voorwaarden, zal het verschijnsel van adhesiecontract kunnen ontstaan: een contract waarbij de ene partij zowel de contractvoorwaarden als de kwaliteit van het te verschaffen goed eenzijdig bepaalt en waar competitie hooguit nog op de prijs plaatsvindt.

12. Het verschijnsel van relatieve marktmacht (ook wel contextuele marktmacht) is terug te voeren op vergelijkbare obstakels. Dit verschijnsel doet zich voor waar de ene partij in staat is om de andere partij de wil op te leggen. Denk aan situaties van oligopolie waarin weliswaar geen economische machtspositie in de mededingingsrechtelijke zin bestaat (zoals bij

¹⁹ Zie over de verhouding tussen marktwerking en sociale doelen bij de vormgeving van beleid in het contractenrecht W.H. Van Boom, *Privaatrecht en markt*, 150 e.v.

²⁰ Interessant om hier te melden is dat Schuyt in ‘Recht en samenleving’ (1981) betoogt dat juist de opvatting dat rechtvaardigheid vooral gevonden moest worden in een evenwicht tussen prestatie en beloning, erop neerkwam dat evenwicht door marktkrachten gelijkstond aan uitbuiting en onderbetaling. Ruilrechtvaardigheid aldus opgevat werd volgens Schuyt allengs vervangen door wettelijke bestaanswaarborgen en dus door verdelende rechtvaardigheid (C.J.M. Schuyt, *Recht en samenleving – centrale problemen, alternatieven en overzichten* (Assen: Van Gorcum 1981), 28-29). Dit lijkt me onjuist; hier wreekt zich vermoedelijk een onterechte vereenzelviging van ‘ruilrechtvaardigheid’ met ‘elke uitkomst die een vrije markt met slechts regelend contractenrecht oplevert’.

²¹ Het internet is een belangrijke technische innovatie die dergelijke transactiekosten en deficits heeft gereduceerd, maar dat betekent niet dat ze volledig verdwenen zijn. De opkomst van internethandel heeft overigens tot andere handelspraktijken geleid die aan rationele en goed ingelichte transactiebesluiten in de weg zijn komen te staan, zoals onrechtmatige versluiting van informatie, prijspartitionering en andere ‘trucs’ om mensen onbewust in een contracteeval te laten lopen.

supermarkten) maar waarin minder machtige wederpartijen zoals toeleveranciers niettemin moeten 'slikken of stikken'²². Of denk aan structureel onevenwichtige contracten en contractwijzigingen die *franchisors* weten op te leggen aan *franchisees*, die meestens in situationele afhankelijkheid verkeren²³.

In Duitse, Franse en Belgische wetgeving wordt gepoogd om paal en perk te stellen aan het misbruik van deze relatieve marktmacht en om bij wijze van streefmoraal het contractueel evenwicht te herstellen²⁴. Zo wil artikel L 442-1-I Code de Commerce (Frankrijk) clausules in contracten tussen professionele partijen tegengaan die duiden op een *déséquilibre significatif*. Men kan hier denken aan excessieve boeteclausules, ongelijke verdeling van risico's en ongebruikelijke bedingen. En België kent bijvoorbeeld artikel IV.2/1 WER dat misbruik van economische afhankelijkheid verbiedt, zoals het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden²⁵.

13. Het Nederlandse recht kent hieromtrent geen specifieke regels buiten de 'gewone' regels van het contractenrecht en de strikt afgebakende gevallen van handelen in strijd met het mededingingsrecht. De Nederlandse wet volgt in wezen het EU-mededingingsrecht maar voegt er zelf vrijwel niets aan toe, ook daar waar dat wel is toegestaan²⁶. In het Nederlandse rechtsgeleerde debat over ruilrechtvaardigheid draait het vooraleerst om de vraag óf een bepaalde doctrine wel of niet geldend recht is. Hier kan worden gedacht aan de vraag of de klassieke doctrines van *woeker*, *iustum pretium* en *laesio enormis* geldend recht zijn of niet, vragen waarover waarover in Nederland door rechtsgeleerden met regelmaat de degen worden gekruist²⁷. De conclusie van die discussies is veelal dat de rechter deze doctrines niet zomaar mag aanroepen. De wetgever heeft, zo wordt wel gesteld, de wettelijke regeling van de wilsgebreken bedoeld als exclusieve grondslag voor dat soort gevallen: een overeenkomst kan alleen worden aangetast wegens bedrog, bedreiging, dwaling of misbruik van omstandigheden (de wilsgebreken)²⁸. De benadeelde moet dus aantonen dat er opzettelijk bedrogen is, dat er sprake is van dwaling bij de totstandkoming als gevolg van het achterhouden van essentiële informatie of het geven van onjuiste informatie, dan wel dat sprake is van inmenging met de vrije wil door misbruik van de omstandigheden waarin hij als bekleemde wederpartij verkeerde. Het nadeel van deze klassieke remedies is dat de ingangsvoorwaarden te streng zijn om een aantal subtiele praktijken zoals die bij relatieve marktmacht spelen, van een adequaat antwoord te voorzien dat het verstoorde evenwicht

²² Zie in dat verband Richtlijn oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen 2019/633, en daarover W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht) (Zutphen: Uitgeverij Paris 2021), 154 e.v. Vgl. W.H. van Boom, 'Handelspraktijken van supermarkten tegenover leveranciers', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2018, 277 e.v.

²³ W.H. van Boom in *Privaatrechtelijke bescherming herijkt*, 132 e.v.

²⁴ W.H. van Boom in *Privaatrechtelijke bescherming herijkt*, 132 e.v.

²⁵ Zie het overzicht bij W.H. van Boom in *Privaatrechtelijke bescherming herijkt*, 132 e.v.

²⁶ Hoewel het lidstaten toegestaan is om strengere regels te stellen dan art. 102 VWEU stelt (zie art. 3 lid 2 Vo. (EG) nr. 1/2003), wat een opening biedt om bijvoorbeeld het midden- en kleinbedrijf specifiekere bescherming te geven, gaat het Nederlandse recht nog steeds uit van concordantie van de maatstaf in het zuiver nationale mededingingsrecht (artikel 24 lid 1 Mw) en artikel 102 VWEU.

²⁷ Ik noem in plaats van velen I. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden* (diss. OU) (Amsterdam: Brave New Books 2013).

²⁸ In uitzonderlijke gevallen worden door lagere rechters nog wel eens contracten als strijdig met de goede zeden nietig verklaard (art. 3:40 Nederlands BW), bijv. ingeval van zeldzaam hoge rente bedongen bij een wurgende kredietovereenkomst tussen professionele partijen.

kan herstellen. De roep in Nederland om ook in een wettelijke regeling te voorzien die ons dichter bij de volkomen markt kan brengen, wordt allengs luider²⁹.

IV. Afsluiting

14. In het voorgaande besteedde ik aandacht aan enkele rudimentaire economische inzichten die Van Gerven verwerkte in zijn boek *'Het beleid van de rechter'*. Meestal leiden dat soort inzichten tot een visie die instrumentalisering van het recht centraal stelt – alles in functie van de sociale marktdemocratie – en dus tot het voeren van beleid door wetgever en rechter. Als ik Van Gerven goed begrijp, is dat niet erg want elke jurist doet in wezen aan beleid, en dat moet ook³⁰. In onze continentaalrechtelijke traditie bestaat daar ook een zekere ruimte voor; zeker de rechter heeft bepaalde ruimte om 'beleid' te voeren (hoe ook gedefinieerd). Weliswaar heeft de civiele jurist ontzag voor de wet, haar tekst, totstandkoming en toelichting, maar tegelijk weten we dat ook de rechter voorzichtig 'beleid' voert langs de randen van de wet, soms met een door de wetgever zélf geïntroduceerde open norm, soms met gebruikmaking van autoriteit van een hogere rechtsorde zoals het EVRM of met opvulling van een bestaand wettelijk raamwerk met *soft law* instrumenten³¹. Die ruimte voor beleid inzetten om de streefmoraal van contractueel evenwicht te verwezenlijken, is een schone taak in het economische waardensysteem van onze marktdemocratie.

Daarmee wil ik niet beweren dat Van Gerven in zijn beschouwingen doorgeschoten instrumentaliteit voorstaat, of zelfs maar een rechtseconomische ordening bepleit, laat staan een civiele dikastocratie. Wel laten zijn beschouwingen zich goed begrijpen als een pleidooi om ook bij het bestuderen van de fundamenteën van onze privaatrechtelijke rechtsorde de faciliterende en geleidende functies van het privaatrechtelijk waardensysteem te onderscheiden. En aldus begrepen, kan ik niet anders dan het pleidooi onderschrijven.

²⁹ Zo bepleitte onlangs de bestuursvoorzitter van de Nederlandse mededingingsautoriteit, de Autoriteit Consument en Markt, voor verruiming van de wettelijke bevoegdheden van de ACM op dit punt ('Meer gereedschap tegen marktmacht, graag', acm.nl 29 augustus 2023).

³⁰ W. van Gerven 1973, 159.

³¹ W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel - Veertig jaar later*, 109 e.v.