

Norm en normativiteit in het vermogensrecht

Norm en normativiteit in het vermogensrecht

Preadvies Christen Juristen Vereniging 2019

W.H. van Boom

Zutphen 2019



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-208-5

NUR 820

© 2019 Uitgeverij Paris bv, Zutphen, W.H. van Boom

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 / 7

1 Inleiding / 9

- 1.1 We moeten het erover hebben / 9
- 1.2 Positieve en normatieve analyse / 12
- 1.3 Verantwoording / 14
- 1.4 Faciliteren en geleiden / 15
- 1.5 Leeswijzer / 16

2 Stabiel eigendomsrecht geworteld in de maatschappij / 17

- 2.1 Van oude denkers / 17
- 2.2 Verhandelbaarheid, kenbaarheid, stabiliteit en voorspelbaarheid / 19
- 2.3 Begrenzing van eigendom en verdeling van schaarste / 21

3 De autonome beslisser en zijn vrijheid / 25

- 3.1 Het juiste frame / 25
- 3.2 Rationele keuze / 26
- 3.3 Van autonomie naar paternalisme / 28

4 Faciliteren en geleiden in de marktsamenleving / 33

- 4.1 Faciliteren / 33
- 4.2 Geleiden / 34

5 Ideologisch privaatrecht / 37

- 5.1 Vermogensrechtelijke rechtvaardigheid / 37
- 5.2 Herverdeling door sociale doelen / 40
- 5.3 Herverdeling hoort wel/niet bij privaatrecht / 43
- 5.4 De trein met onbereikbare bestemming / 45

6 Enerzijds, anderzijds / 49

Verkort aangehaalde literatuur / 51

Rede voorzitter Christen Juristen Vereniging / 69

Voorwoord

De uitnodiging van de CJV om een preadvies te verzorgen stelde mij in staat om een aantal rudimentaire gedachten over normativiteit die ik uitsprak in mijn Leidse oratie (2015) uit te werken. Dit preadvies is het voorlopige resultaat daarvan. Het is gebaseerd op een aantal eerdere onderzoekslijnen. Sommige tekstdelen zijn gebaseerd op eerdere (co)publicaties. De literatuurlijst verwijst naar die eerdere publicaties. Deels is ook sprake van een voorstudie voor een boek over de grondslagen van het privaatrecht in onze marktsamenleving dat ik momenteel voorbereid. Ik kreeg ondersteuning bij de voorbereiding van dit preadvies van student-assistenten Douwe Beentjes en Louis Honée. Commentaar, leestips en feedback kreeg ik onder meer van Evert-Jan Rotshuizen, Frank van Ommeren, van de collega's van het Leidse onderzoeksprogramma Coherent Privaatrecht en natuurlijk van de CJV-leden tijdens de inspirerende bijeenkomst in juni 2019. Het manuscript werd afgesloten op 15 augustus 2019.

Leiden, augustus 2019
Willem van Boom

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 We moeten het erover hebben

Privaatrecht kan men op ten minste drie manieren bestuderen. Het laat zich begrijpen als een systeem van formeel logische bouwstenen van regels, het kan worden bestudeerd als een onderdeel van de feitelijke sociale werkelijkheid, maar het is ook een normatieve ordening van het maatschappelijk leven. Dit preadvies gaat over de bestudering van privaatrecht als normatieve ordening, over het vraagstuk van de normatieve grondslagen van het privaatrecht. Dat klinkt enorm groots en ondoenlijk, dus hierna zal ik het onderwerp verduidelijken en een zekere focus aanbrenge.

Als ik spreek over grondslagen, doel ik vooral op privaatrechtelijke normen die bij elkaar genomen een samenhangend geheel van opvattingen opleveren over rechtvaardige verdelingen van vermogensrechtelijke lusten en lasten tussen burgers onderling, de rechten en verplichtingen die daarbij horen, en hoe het vermogensrecht kan bijdragen aan normverwezenlijking door het sturen van burgerlijk gedrag in de daarbij behorende richting.¹

Als we naar privaatrecht kijken als onderdeel van de normatieve ordening van het maatschappelijk leven, dus als een stelsel van normen over bescherming van rechtsposities, gedrag en toerekening van risico's, dan hebben we het niet over hoe de wereld is maar over hoe deze behoort te zijn. Dat is de *normativiteit*, het normstellende, van het positieve recht. Die normstelling koppelen we vaak aan een bron van gezag, zoals een wetgever, rechter of maatschappelijke kring, die de normen formuleert en zo nodig bijstelt. Normativiteit is in onze rechtsorde dus de activiteit van normstelling die we aan de wetgever, civiele rechter of rechtskring toeschrijven.²

De term 'privaatrecht' beperk ik hier tot het 'marktrelevante privaatrecht' dat bescherming van exclusieve posities biedt en economische uitwisseling faciliteert en geleidt, dus tot het vermogensrecht (verbintnissen- en goederenrecht).³ Ik gebruik de termen 'privaatrecht' en 'vermogensrecht' door elkaar.

De aanleiding voor dit preadvies is gelegen in de slotwoorden van mijn Leidse oratie. Daarin merkte ik op dat in het privaatrechtelijk discours weinig aandacht was voor de normatieve grondslagen van het privaatrecht. Ik merkte op dat het Nederlandse privaatrechtelijke debat — en ik bedoel dan met name het *wetenschappelijk* debat over het vermogensrecht — eigenlijk al heel lang weinig aandacht heeft voor die normatieve grondslagen. Zeker na de jaren zeventig van de twintigste

1. Van Boom 2015, p. 23.

2. Uiteraard zijn tal van maatschappelijke actoren, al dan niet in eigen kring, ook normstellend. Op de bronnen van normstelling en hun hiërarchie gaat dit preadvies niet in.

3. Dat doe ik overigens in het volle besef dat het privaatrecht 'achter de voordeur', het personen- en familierecht, zo mogelijk nog sterker geladen is met normativiteit.

eeuw werden ideologische veren, voor zover die er nog waren,⁴ afgeschud en werd de discussie vooral gedomineerd door de bouwwerkzaamheden aan het nieuwe BW. Die bouwwerkzaamheden stonden in het teken van technisch-juridische discussies over dat nieuwe BW en in het teken van codificatie en bevrijding. De codificatie van langlopende ontwikkelingen — naast schuld had de rechtspraak allang risico en profijt als toedelingsgrondslag aanvaard, de toetsing van onereuze bedingen was indringender geworden, en zo verder — vergde keuzes in het klein. Maar geen paradigmatische vergezichten en verschuivingen. De bevrijding was vooral te vinden in het neerleggen en verfijnen van open normen zoals die van de redelijkheid en billijkheid en het aanbrengen van ventielen, ook als het helemaal niet de bedoeling was om ze vaak te gebruiken respectievelijk open te zetten. Denk aan ‘ventielen’ als de wettelijke limitering, matiging, aanpassing wegens onvoorziene omstandigheden. Bevrijding van ingrijpende rechtsgevolgen, zoals het terugsnoeien van de ‘alles-of-niets’-gevolgen van nietigheid en vernietiging, stond ook centraal. En daar waar het nieuwe BW achteraf toch een keurslijf bleek te hebben aangebracht, werden de scherpe kanten er in rechtspraak en herstelwetjes weer van afgehaald. Denk aan de fiducia-discussie, de verjaring van schadevergoedingsvorderingen en de klachtplicht. Daar ging de afgelopen decennia de aandacht naar uit.

Nu zult u misschien denken: *dit is niet waar*. De bewering dat de wetenschap zich niet bekommert om de normatieve grondslagen van het privaatrecht, die is gewoon niet juist. Wetten en rechtspraak zijn per definitie normstellend. Praktijkjuristen werken met normen en wetenschappers brengen orde aan in normen en normativiteit. We hebben het als privatisten dus dagelijks over normen en de normativiteit van de regels waar we mee werken. En we hebben daar allemaal opinies over. Over de vraag of de bescherming van werknemers tegen hun eigen stupiditeit bij arbeidsongevallen niet te ver gaat en het dus tijd is om eigen verantwoordelijkheid voor het eigen welzijn in ere te herstellen. Over de vraag of gretige maar weinig onderlegde kopers van financiële producten niet gewoon beter moeten opletten en vooral niet moeten kopen wat ze niet begrijpen in plaats van de schuld aan banken en verzekeraars te geven als het product rommel blijkt te zijn. Over de vraag of het gegeven woord altijd bindt, over de vraag of boete kan bestaan zonder schuld, over de vraag of ik mijn broeders hoeder ben, en zelfs over de vraag of exhibitionistische zelfverrijking voorkomen moet worden door het privaatrecht. Over al die vragen moeten wij als privatist dagelijks oordelen vellen. Dus normen en normativiteit van ons vakgebied, het is ons dagelijks werk. Hoe kun je dan beweren dat er in het privaatrechtelijk discours *weinig* aandacht is voor de normatieve grondslagen van het privaatrecht?

Laat ik mijn opmerking nuanceren: er is wel aandacht voor bij sommige auteurs, maar niet veel, niet heel expliciet en niet bijzonder sterk onderbouwd. Het is onmiskenbaar juist dat wetten en rechtspraak normstellend zijn en dat zowel praktijkjuristen als wetenschappers op een of andere manier met die normen werken. Het is ook duidelijk dat privatisten *opinie*s hebben over ‘goed en fout’ binnen het privaatrecht. Zij passen, zoals mensen gewoon is, normen toe, doen vervolgens in het licht daarvan uitspraken over de wereld zoals die is en nemen de wereld omge-

4. Zie Van Boom 2015, p. 23 en Van Boom, *TPR* 2013, p. 13-14 voor verwijzing naar auteurs die ‘iets hadden’ met norm, normativiteit en ideologie. Voor de CJV-lezer in het bijzonder verwijs ik nog naar Grosheide 1982, p. 64, die nog een verlate ‘seventies’-achtige uitspraak deed, te weten dat eenieder die over eigendom spreekt, zich ideologisch moet legitimeren.

keerd ook waar vanuit de preferenties, waarden en normen van hun eigen denkwereld en sociale kring. Maar wat ik zoek bij auteurs is of en hoe zij expliciteren wat de grondslagen van hun opinies zijn, hoe die uitstijgen boven persoonlijke opvattingen en in hoeverre hun opvattingen geworteld zijn in een normatieve stroming, theorie of zelfs ideologie. En dat vind ik niet vaak. Nederlandse privatisten zullen niet snel zeggen: ‘Mijn oordeel over de dwingendrechtelijke bescherming van werknemers bij arbeidsongevallen komt voort uit een ideologie die vooropstelt dat de individuele arbeider moet worden beschermd tegen de neveneffecten van de inzet van productiemiddelen in een kapitalistische maatschappij.’ Of: ‘Mijn oordeel over hoe de Dexia-affaire is aangepakt door de Nederlandse civiele rechter is gegrond op de fundamenten van de *capabilities*-benadering van Nussbaum, want die benadering is de enige die recht doet aan het mens-zijn in een marktdemocratie.’ Of: ‘Mijn opvatting sluit aan bij de klassiek-liberale opvatting dat individuen zelf verantwoordelijkheid dragen voor de keuzes die zij maken en die zich verzet tegen elke vorm van bescherming tegen onoplettendheid bij het aangaan van verplichtingen of het nemen van risico’s.’ Ze zullen zich zelden expliciet aansluiten bij een school, programma of ideologie en zich ook niet snel op andere wijze in de kaart laten kijken wat betreft de grondslagen van hun denken.⁵

Wat verklaart dit? Ik vermoed dat daar een aantal plausibele verklarende factoren voor is. Een historische verklaring noemde ik al: we zijn te druk geweest met het bouwwerk van het nieuwe BW. Ik noem nog een paar mogelijke factoren, zonder te beweren dat ze feitelijk correct zijn. In de eerste plaats is er een hechte band tussen Nederlandse privaatrechtsgeleerden en de rechtspraak. Het zijn praktijkgerichte juristen, geen studeerkamergeleerden. Het vage ivoren-toren-gepraat is voor de afdelingen rechtstheorie in dit land. Zelfs de academici die nooit in de praktijk hebben gewerkt, doen hun best om ‘salonfähig’ te zijn voor de privatisten die wél met de poten in de klei staan.⁶ We spiegelen ons primair aan de rechtspraak van alledag, en die zit niet te wachten op abstract gefilosofeer. Een tweede, daarmee samenhangende factor, kan zijn dat privatisten praktische doeners zijn die van casus naar casus stappen, steeds vanuit een partijperspectief of een concreet geschilbeslechtingsperspectief, zodat een alomvattend concept van de normatieve grondslagen van het privaatrecht overbodig is en misschien zelfs wel in de weg zit. Een derde verklarende factor kan zijn dat de kern van het privaatrecht geen ideologische discussies meer voortbrengt, omdat dit recht volledig technisch-juridisch van aard is. De echte normatieve vragen zijn ‘afgedreven’ naar functionele rechtsgebieden zoals het arbeidsrecht, consumentenrecht, financieel recht en gezondheidsrecht. En daar vindt men vooral *believers* en wereldverbeteraars, die niet snel geluiden laten horen als ‘de rechtsbescherming van het individu gaat te ver’ of ‘het kan wel een tandje minder met die ongelijkheidscompensatie’. En als je het hoort, zoals in het financieel recht nog wel gebeurt, zijn het toch vooral de parttime wetenschappers die primair werken op de Zuidas of anderszins gesocialiseerd zijn in

5. Ik ben dus minder positief gestemd dan Smits, *R&R* 2009, p. 166, die stelt dat de juridische discipline sterk is in het nadenken over wat in onze samenleving behoort en in het bieden van een methode om dat te bepalen. Vgl. in de lijn van Smits ook Hage 2011, p. 28 e.v.

6. Vgl. ook Van Boom, *NTBR* 2015, p. 126, waar ik de kwestie nog wat nader preciezer door de vraag te stellen aan *welk* discours men als wetenschapper deelneemt; bijvoorbeeld: de Nederlandse rechtspraakrechtspreekpraktijk willen voorlichten (Snijders, Hijma) vergt een ander perspectief dan gerichtheid op deelname aan een internationaal debat van academici (Smits, Mak) of het beïnvloeden van nationale beleidsmakers (Barendrecht) of EU-beleidsmakers (Hesseling).

de kringen van het grootkapitaal. Wat overblijft onder de voltijdse professoren in het vermogensrecht, zijn dus de technuten die geen mening hebben en de ex-advocaten die hun opinies inslikken.

Tot zover de mogelijke verklaringen. Of ze correct zijn, weet ik niet want ik heb het niet onderzocht. De laatste verklaring verwerp ik voor mijzelf in elk geval: er zijn genoeg ideologische discussies te voeren in het vermogensrecht, als men er oog voor heeft. Tegelijk geloof ik niet dat ik in staat ben om aan de hand van een overkoepelend normatief kader gelegen buiten het juridisch systeem zélf, aan te geven hoe het privaatrecht eruit *zou moeten* zien (dat noem ik hierna een normatieve analyse). Ik denk wel dat ik tot op zekere hoogte kan laten zien wat de normatieve grondslagen van ons privaatrecht *zijn* (dat noem ik hierna een positieve of descriptieve analyse).⁷

1.2 Positieve en normatieve analyse

Dan de vraag of het nodig is om na te denken over normatieve grondslagen in het privaatrecht. We kunnen het namelijk ook laten. Bijvoorbeeld door de taakstelling van de rechtswetenschappen zo te definiëren dat het niet tot ons domein behoort. Als we zeggen dat de wetenschappelijke bestudering van normen alleen descriptief (positief) mag zijn, dan mag men als rechtswetenschapper nog wel zeggen: 'Deze wettelijke norm past in een liberale opvatting over...', maar men mag niet zeggen: 'Deze wettelijke norm is goed, rechtvaardig, efficiënt, et cetera want gebaseerd op een liberale opvatting over...' Bij een positieve analyse mag de rechtswetenschapper namelijk alleen benoemen, ordenen, verklaren. Hij mag normen niet onderschrijven als 'goed' of ter discussie stellen als 'fout'. Bovendien, wat schieten we ermee op als privatisten van elkaar weten of ze links of rechts of wat dan ook stemmen en hoe ze in het leven staan? Wat is het nut van kleur bekennen?

Tegelijk is het zo dat het al wat lastiger wordt om bij een zuiver positieve wetenschap te blijven indien we erkennen dat achter juridische techniek normatieve keuzes schuilen en dat onder elke wettekst een compromis in een maatschappelijk krachtenveld verborgen zit en dus een proces van confrontatie en compromis van samenhangende ideeën over de ideale inrichting van onze maatschappij.⁸ Natuurlijk is het ook dan mogelijk om normatieve uitspraken te doen zonder ze zelf te onderschrijven. (Bijvoorbeeld: 'Deze regel is niet welvaart vergrotend en dus, volgens de norm die stelt dat al het recht aan welvaartsvergroting moet bijdragen, inefficiënt.') Maar ook dan geldt dat, zodra de rechtswetenschapper gaat *evalueren*, hij overstapt naar het domein van de normatieve analyse, zelfs als hij zich geen persoonlijk oordeel aanmeet. De vraag of een rechtsregel welvaart vergroot, rechtvaardig is, of anderszins een gesteld hoger doel bereikt dat buiten het juridisch systeem is gelegen, is een evaluerende vraag die een normatief kader vergt. Ik hoef het niet eens te zijn met de normativiteit van dat kader om het te kunnen toepassen, maar het

7. De onderverdeling in positieve (descriptieve) en normatieve analyse is niet heilig. Ik ben mij ervan bewust dat er ook tal van andere onderverdelingen in analysevormen gangbaar zijn; ik verwijs voor een algemene discussie naar Van Boom, *TPR* 2013, p. 7 e.v.; Van Boom 2016, p. 4-5. Er zijn tal van auteurs die er anders over denken of andere onderverdelingen hanteren. Zie bijv. Smith, *R&R* 2009, p. 202 e.v. Vgl. ook Loth 2018, p. 16, die spreekt van (vier) 'contexten' en Mackor 2011, p. 45 e.v., die spreekt van beschrijving, betwisting en aanbeveling.

8. Daarover bijv. de bijdragen aan Van Boom & Lindenberg 2013.

helpt natuurlijk wel. Zou een rechtseconoom het lang volhouden in zijn vakgebied als hij meent dat welvaartsvergroting – hoe ook gedefinieerd – niet de bestemming van elk rechtssysteem moet zijn? Zou een jurist het lang volhouden in zijn vakgebied als hij meent dat rechtvaardigheid – hoe ook gedefinieerd – niet de bestemming moet zijn van elk rechtssysteem? Ik denk het eigenlijk niet. Zoals een arts de hipocratische eed vooropstelt in zijn doen en laten, zo zal de jurist in de regel of als het erop aankomt, streven naar gerechtigheid. En we rekenen het in de regel ook tot de kerntaken van juristen om aan te geven waar het recht tekortschiet of verandering behoeft.⁹ Als we die normativiteit van hen vragen, dan moeten ze ook hebben nagedacht over de grondslagen waar hun voorstellen en opvattingen in geworteld zijn. Kort gezegd ga ik er dus van uit dat, nu normativiteit per definitie geen waarde vrije technische bezigheid is, de wetenschappelijke bestudering van het recht uiteindelijk ook maar moeilijk waarde vrij kan zijn. En dat geldt óók in het privaatrecht.¹⁰

Als auteurs stellen dat vergeldende rechtvaardigheid wel, maar verdelende rechtvaardigheid en uitwisselingsrechtvaardigheid niet tot het domein van het privaatrecht behoren, doelen zij dan op de *werkelijke* stand van zaken of op een *ideaalbeeld*? Dat onderscheid wordt lang niet altijd duidelijk gemaakt, maar het is voor mij wel belangrijk: streeft het vermogensrecht *feitelijk* gezien de verdelende rechtvaardigheid na of juist niet, of gaat het om de vraag of het *goed*, *terecht*, *rechtvaardig* of *welvaart verhogend* is indien het vermogensrecht verdelende rechtvaardigheid nastreeft? Het eerste type vraagstelling ziet op de wereld van het recht zoals deze is en vergt een positieve of descriptieve analyse. Het tweede ziet op de wenselijke situatie en dat vergt een normatieve analyse.

Dit onderscheid past in een rechtspositivistische opvatting, waarbij geen noodzakelijk verband wordt gezien tussen het recht zoals het is en de grondslagen die het recht daadwerkelijk heeft enerzijds, en het recht zoals het zou moeten zijn en de grondslagen die het zou moeten hebben anderzijds. Rechtspositivisme gaat ervan uit dat het mogelijk is om objectieve kennis over het recht te verzamelen zonder de innerlijke waarde van het recht daarin te betrekken.¹¹ Of dat echt tot in detail mogelijk is, laat ik liever in het midden, maar ik meen wel dat het mijn taak als rechtswetenschapper is om steeds te proberen onderscheid te maken tussen het recht zoals het is en het recht zoals het moet zijn,¹² onder andere om scherp te kunnen zien welke argumenten, waarden en theorieën ten grondslag liggen aan de normatieve standpuntbepaling.¹³ En om te zien of feit en norm bij elkaar in de buurt komen.

9. Bijv. Kunz & Mona 2006, p. 2, die tot de taken van de ‘goede jurist’ rekenen de vaardigheid om berekend te kunnen adviseren over het al dan niet aanpassen van normen.

10. Daarmee zeg ik niet dat de rechtswetenschapsbeoefening *noodzakelijkerwijs* een normatieve analyse vereist. Men kan zich m.i. heel wel een zuiver positieve analyse ten doel stellen door te bepalen wat het recht is, welke doelen een wetgever zich heeft gesteld, en zelfs of het die doelen bereikt, zonder een normatieve analyse te verrichten.

11. Daarover het overzicht van auteurs bij Freeman 2014, p. 249 e.v., p. 311 e.v. De consequentie van deze opvatting is dat recht ook gelding heeft als het niet rechtvaardig is. Vgl. Kunz & Mona 2006, p. 36; Cliteur & Ellian 2011, p. 119 e.v.

12. Dat het niet eenvoudig is, zien we al bij Scholten 1932, p. 296 e.v.; Scholten 1934, p. 75 e.v.

13. Zie noot 7.

Dit is wat economen ook proberen. Het verschijnsel van vraag en aanbod in een marktomgeving is een feit. Het informeert ons: getalenteerde voetballers verdienen meer dan ongeschoolde fabrieksarbeiders. Daarmee vertelt de werking van de markt een feitelijk verhaal van allocatie van welvaart. Het vertelt nog niets over de vraag of de markt welvaart verhogend (efficiënt) werkt,¹⁴ of in juridische termen: het vertelt ons niet of de uitkomsten die de markt oplevert, rechtvaardig zijn.¹⁵ Die vraag vergt een normatieve beoordeling aan de hand van een buiten het bestudeerde object gelegen maatstaf.

Sommige auteurs stellen het zich zo voor dat er *externe* en *interne* perspectieven mogelijk zijn op de normatieve analyse. Een *extern* perspectief zou men dan bijvoorbeeld aannemen als men vermogensrechtelijke regels afmeet aan de normatieve maatstaf van ‘welvaartsverhoging’ en een *intern* perspectief zou men kiezen als men ‘rechtvaardigheid’ als maatstaf zou kiezen.¹⁶ Ik zie dat anders. In mijn definitie vergt een normatieve evaluatie altijd een maatstaf die buiten het te onderzoeken object staat en dus *extern* is. Natuurlijk kan het zijn dat een wetgever of rechter bepaalde normatief getinte doelen (denk aan sociale doelen) voor ogen staan bij het ontwerpen van regels of het beslissen in een zaak. Een beoordeling van de *juistheid*, *rechtvaardigheid*, *efficiëntie* et cetera van die doelen en de wijze waarop die nagestreefd worden, vergt een *externe* beoordelingsmaatstaf, omdat men anders de doelen zélf niet ter discussie kan stellen maar hooguit de doeltreffendheid of doelmatigheid van de gekozen middelen ter bereiking van die (niet-betwiste) doelen kan beoordelen.

1.3 Verantwoording

Als men het voorgaande onderschrijft, dan volgt een proces van verantwoording afleggen. Zodra een privatist in zijn rol van wetenschapper zegt ‘zo moet het’ of ‘zo moet het zijn’, zal hij verantwoording moeten afleggen over zijn positie. Dat is om een aantal redenen. In de eerste plaats zijn er basale spelregels voor wetenschap, waaronder die van transparante, logisch onderbouwde argumentatie die openstaat voor herhaling en weerlegging. We kunnen niet volstaan met ‘ik vind het zo’ of ‘het is zo omdat ik het vind’. Dat mogen wetten en rechters tot op zekere hoogte zeggen, maar wetenschappers niet. Juister is: ‘Ik vind het omdat de argumenten *x*, *y* en *z* in het licht van de bewijsstukken 1, 2 en 3 juister of overtuigender zijn dan de argumenten *a*, *b* en *c*.’

In de tweede plaats is er heel concreet aanleiding in de codificatie van zogenaamde ‘open normen’. Die legt niet alleen op de rechter een zware verantwoordelijkheid,

14. Over het begrip ‘efficiëntie’ bijv. Van Velthoven & Van Wijck 2013, p. 1 e.v.

15. Vgl. Van Cleeff 1939, p. 34.

16. Zo bijv. Smits 2017, p. 7-10. Smits verwerpt het ‘externe’ perspectief van de z.i. instrumentele rechtseconomische analyse en omarmt het ‘interne’ perspectief van privaatrecht als ‘normative system that intends to guide people’s behaviour’. Ik merk op dat die tweede benadering evenzeer instrumenteel is, maar dat alleen niet duidelijk wordt wat het *doel* is waar mensen naartoe worden geleid. Het voordeel zou volgens Smits zijn dat die benadering de deur opent naar het aanvaarden van sociale normen als onderdeel van het normatieve raamwerk en meer respect toont voor dogmatische rechtswetenschap. Ik ben zeer voorstander van die aanvaarding en dat respect, maar ik zie niet in hoe de tweede benadering daarmee een normatieve analyse van het privaatrecht mogelijk maakt.

maar ook op de privaatrechtswetenschap. Een positieve analyse van tien uitspraken van de Hoge Raad waarin de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid werd toegepast (of juist niet), komt niet verder dan een samenvatting en wellicht de vaststelling dat uitspraak 2 zich niet goed verdraagt met uitspraak 8. Willen we weten of een uitspraak 'goed of fout' is, dan hebben we een samenhangend geheel van opvattingen nodig over rechtvaardige verdelingen van vermogensrechtelijke lusten en lasten tussen burgers onderling, de rechten en verplichtingen die daarbij horen, en hoe het vermogensrecht kan bijdragen aan normverwezenlijking door het sturen van burgerlijk gedrag in de daarbij behorende richting.

In de derde plaats is verantwoording nodig omdat normenstelsels voor de inrichting van maatschappijen als de onze, zelden één allesoverheersende norm met één juist antwoord genereren. Het geheel van opvattingen is vaak een *mindset* waar men verschillende kanten mee uit kan. Een zuivere deductie van één norm naar concrete toepassing is vaak niet mogelijk, en het hele pakket aan normatieve bagage dat wij als privatisten met ons meedragen is eigenlijk een verzameling van denkpatronen bij dilemma's waar je misschien maar moeilijk concrete uitkomsten uit kunt voorspellen. Bijvoorbeeld: natuurlijk vinden we individuele ontplooiing en autonomie belangrijk, maar soms winnen solidariteit en zorgplicht voor anderen het pleit. Want die waarden vinden we ook belangrijk. En natuurlijk is 'het gegeven woord bindt' een belangrijke norm, maar vinden we acquisitiefraude niet gepast en dus bindt het gegeven woord juist niet als de wederpartij onder valse voorwendselen een handtekening heeft uitgelokt. Een simpele verwijzing naar één norm die de doorslag gaf, is dan weinig informatief; een confrontatie met de normen die het onderspit dolven, en waarom ze in het gegeven geval minder zwaar wogen, geeft meer inzicht. Dat proces van verantwoording vergt reflectie op de normatieve grondslagen van het recht.

1.4 Faciliteren en geleiden

Als we zoeken naar grondslagen, is het wellicht zinvol om te beginnen met een simpele schets. Zouden we een *tekening* moeten maken van het privaatrecht, wat zouden we dan tekenen? Het eerste beeld dat bij mij opkomt, is dat van twee personen die elkaar de hand schudden en met hun andere hand geld tegen een goed uitwisselen. Met die tekening in gedachten, zou ik de schets zo onder woorden brengen: het vermogensrecht beschermt eigendom en faciliteert economische uitwisseling van goederen en waardeerbare prestaties.¹⁷ Rechtsverkeer is in deze opvatting gereguleerd economisch verkeer en het privaatrecht fungeert als infrastructuur voor dat rechtsverkeer.¹⁸ Zouden we een beeldspraak voor het 'rechtsverkeer' hanteren, dan zijn natuurlijke en rechtspersonen de weggebruikers en is het vermogensrecht het geheel van wegdek, weginrichting en bewegwijzering. Het vermogensrecht is allereerst faciliterend omdat het niet voorschrijft welke route de weggebruikers kiezen. Het vermogensrecht dwingt ons niet om afstand te doen van eigendom of om contracten te sluiten met een persoon die ons niet aanstaat. Anders gezegd: in het regelend vermogensrecht staan dispositievrijheid en contractvrijheid centraal. Het *faciliteert*, dwingt niet. Daar waar vermogensrecht dwingendrechtelijk

17. Vgl. Van Oven 1956, p. 22; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/7.

18. Vgl. Wieacker 1967, p. 622.

van aard is, faciliteert het niet maar *geleidt* het juist veeleer.¹⁹ Die twee functies, faciliteren en geleiden, maken het geldende vermogensrecht tot een systeem dat vertrouwen dient te voeden, samenwerking te ondersteunen, belangen te beschermen en bepaalde ontwikkelingen te sturen, om zo een gunstige maatschappelijke en economische ontwikkeling mogelijk te maken.²⁰ Vanuit dit perspectief kan privaatrecht als onderdeel worden gezien van het recht dat marktgedrag faciliteert en geleidt om een ideale marktsamenleving te realiseren.

1.5 Leeswijzer

De hoofdstukken die volgen, verkennen hoe dat faciliteren en geleiden eruit moet zien. In hoofdstuk 2 wordt allereerst het belang van de institutie ‘eigendom’ en de ratio van verhandelbaarheid, kenbaarheid, voorspelbaarheid en stabiliteit besproken. Daarna wordt in hoofdstuk 3 via het mensmodel van de rationele keuzetheorie gekeken naar marktuitwisseling, om er vervolgens allerlei nuanceringen, complicaties en spanningen bij aan te tekenen. Ook wordt het begrip ‘paternalisme’ geïntroduceerd. In hoofdstuk 4 wordt nader geduid wat ‘faciliteren’ en ‘geleiden’ betekent en wat het invoeren van faciliterende en geleidende regels in privaatrecht en publiekrecht *rechtvaardigt*. Vervolgens kunnen we in hoofdstuk 5 aan boord gaan van de trein met onbereikbare bestemming van de volmaakte marktsamenleving.

19. In de sociaaleconomische literatuur wordt wel van *ordening* tegenover *sturing* gesproken; bijv. Mok & Duk 1994, p. 21 e.v.

20. Loth 2018, p. 170 zegt het kernachtig: het privaatrecht faciliteert en normeert. Vgl. Smits, *TPR* 2015, p. 522-523.

Hoofdstuk 2

Stabiel eigendomsrecht geworteld in de maatschappij

2.1 Van oude denkers

In veel delen van de wereld, en zeker in de westerse wereld, is eigendom een *institutie*, een pijler van de samenleving.²¹ Eigendom was in het achttiende en negentiende-eeuwse discours vaak het begin- en eindpunt van discussies over sociale verhoudingen.²² Adam Smith (1723-1790) omschreef eigendom als ‘most sacred and inviolable’,²³ en daarin stond hij niet alleen. Eigendom werd gezien als het fundament van de maatschappij of de ‘hoeksteen van de vrijheid’.²⁴ Het hebben van eigendom is onderdeel van het ‘persoon-zijn’, zouden denkers uit deze periode zeggen; zaken in eigendom hebben betekent zelfvervulling en dat is een dimensie van de eigen persoonlijkheid.²⁵ Daarmee kon ook de rol van de overheid worden geplaatst: waar eigendom is, moeten wetten bestaan om eigendom te beschermen en moet de overheid de private eigendom zelf ook ontzien.²⁶ Naast eigendom wordt door dezelfde schrijvers het recht om in vrijheid te leven zonder anderen te schaden als een maatschappelijk fundament beschouwd. Zo bezien is de juridische erkenning en bescherming van het eigendomsrecht een regelsysteem om onze neiging om elkaar te bestelen en spullen van elkaar af te pakken, te kanaliseren en reguleren.²⁷ Hier is een verband te leggen met de faciliterende rol van het moderne vermogensrecht. Het vermogensrecht geeft regels ter bescherming van eigendom tegen inbreuken door derden (goederenrecht, onrechtmatige daad) en biedt een raamwerk voor

21. Onder het begrip ‘institutie’ wordt verstaan het geheel aan formele en informele regels, gebruiken, maatschappelijke patronen en organisatievormen die gedrag en handelen structureren, normeren en beperken. Het verbod op moord, eerbiediging van eigendom, contractvrijheid, de regel dat men een cadeau meeneemt naar een verjaardag, maar ook de turnvereniging en de Raad van State zijn zogezegd ‘instituties’ van de Nederlandse maatschappij.
22. Vgl. Hayek & Bartley 1988, p. 33 e.v.; Herman 2001, p. 94-95; Godt, *European Property Law Journal* 2017, p. 163 e.v.
23. Smith 1776, p. 225 (Book I, Ch. x, Part ii). Vgl. Kames 1777, p. 233. Locke stelde een kleine eeuw eerder dat ‘where there is no property there is no injustice’ (John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), *Book 4, Ch. 3, s. 18*, verkeerd aangehaald door Hayek & Bartley 1988, p. 34), maar daarmee bedoelde hij in bredere zin dat waar er geen exclusieve rechten of aanspraken bestaan, er geen behoefte aan recht is en er dus ook geen onrecht kan bestaan.
24. Zo thans nog Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/14.
25. Tot op de dag van vandaag is dit idee in ons vermogensrecht leidend. Beekhuis schreef nog ver in de twintigste eeuw dat de particuliere eigendom als middel tot ontplooiing van de menselijke persoonlijkheid moest worden gezien. Zie Asser/Beekhuis 3-II 1983, p. 14. Vgl. Van Maanen 1987, p. 9, p. 125.
26. In de literatuur wordt deze overheidsrol op verschillende manieren gerechtvaardigd; gangbaar is bijv. het idee van ‘sociaal contract’.
27. Voor Hume (*A Treatise of Human Nature*, 1739-1740) was de maatschappelijke rolverdeling tussen burger en Staat ook gedefinieerd: de individuele mens wordt gedreven door zijn hang naar vrijheid, terwijl het overheidsgezag de maatschappij behoudt door handhaving van het recht. Absolute vrijheid is daarom net zo onwenselijk als absoluut overheidsgezag; juist in de balans tussen deze twee vindt men een rechtvaardige maatschappij, zo kort gezegd Hume. Vgl. Phillipson 2010, p. 68-69.

‘dispositievrijheid’, dat is de vrijheid om een goed van de hand te doen (tegen een prijs, zo men wil). Dispositievrijheid heeft twee kanten: goederen moeten juridisch verhandelbaar zijn en het moet toegestaan zijn om tot vrijwillige uitwisseling van goederen op ‘de markt’ te komen, dat wil zeggen daar waar door vraag en aanbod tussen wilsbekwame vrije personen contracten tot stand komen die tot (wederkerige) uitwisseling leiden. Het doel van een overeenkomst is in deze opvatting het verkrijgen van eigendom.²⁸

In het werk van Smith wordt een koppeling gelegd tussen individuele handelingsvrijheid, de sociale omgeving van de mens en zijn neiging tot het nastreven van eigenbelang. Hij stelt dat de mens een sociaal wezen is met *fellow feeling*. De natuurlijke neiging van de mens om zich met andere mensen te identificeren en om te reflecteren op zijn sociale interacties, is de basis van het menselijk moreel oordeel. Smith redeneert vervolgens dat vanuit de menselijke neiging om het eigenbelang na te streven (‘self-love’) als vanzelf de noodzaak voortkomt om met anderen samen te werken om dat eigenbelang te dienen en dat daardoor arbeidsdeling ontstaat. Het is deze combinatie van eigendomsbescherming, handelingsvrijheid, het nastreven van eigenbelang en de noodzaak van sociale samenwerking die het filosofische fundament legt voor wat later de kapitalistische economie werd genoemd.²⁹ Voor Smith was vrije prijsvorming door vrije mededinging essentieel; door het nastreven van eigenbelang kwam door vraag en aanbod een prijs tot stand en kwamen goederen terecht waar de ‘invisible hand’ ze naartoe geleidde. Smith stelde mededinging dus voor als ‘een kracht die individualistisch handelende personen er onbewust toe aanzet de algemene welvaart te dienen’.³⁰

Beperkingen van vrije mededinging waren volgens Smith onwenselijk. Zo meende hij dat wettelijke handelsmonopolies, kartels en gildevorming slecht waren voor maatschappelijke welvaart.³¹ Dat hij geloofde in een ideaalbeeld van de vrije mededinging betekent echter niet dat Smith geen rol voor regulering van markten zag. Integendeel.³² Hij onderkende het belang van een sterke overheid om eigendom te beschermen, om afspraken afdwingbaar te maken, om monopolies en kartelvorming tegen te gaan en om ‘public goods’ te produceren zoals infrastructuur, landsverdediging en onderwijs.³³ Smith was in wezen ook een voorstander *avant la lettre* van consumentenbescherming.³⁴

De tweede achttiende-eeuwse auteur die aandacht verdient, is Edmund Burke (1729-1797). Hij staat vooral bekend als de aartsvader van het moderne conservatisme en pleitbezorger voor de nachtwakersstaat, maar hier is zijn standpunt over marktwerking van belang. Burke benadrukte het belang van vertrouwen als ‘smeermiddel’ voor economische uitwisseling. In zijn opvatting vormen moraliteit,

28. Vgl. het derde Boek van de Code Civil (1804), dat getiteld was ‘Van de verschillende wijzen waarop men eigendom verkrijgt’ en dat naast het erfrecht en schenking met name het overeenkomstenrecht behandelde. Een overeenkomst was dus kort gezegd primair een wijze om eigendom te verkrijgen.

29. Hiermee is geenszins gezegd dat Smith de ‘uitvinder’ is van de *homo economicus* die slechts oog zou hebben voor zijn eigen nutsmaximalisatie. Men moet de mens altijd zien in zijn context, in het geval van Smith een kind van de Schotse Verlichting die de sociale mens centraal stelde.

30. Van den Bergh 1997, p. 16.

31. Bijv. Smith 1776, p. 164 (Book I, Ch. vii) en p. 222 e.v. (Book I, Ch. xx, Part ii).

32. Vgl. Van Bavel 2018, p. 42 e.v.; Rössner 2015, p. 162-163.

33. Vgl. reeds Fisher, *Science* 1907, p. 23 (‘In the cases (...) of a conflict between social and individual interest, legal restraints become necessary’).

34. Bijv. Smith 1776, p. 232 e.v. (Book I, Ch. xx, Part ii).

recht en (internationale) handel zoals ontwikkeld door opvolgende generaties, de basis van een systeem van commerciële uitwisseling dat bijeen wordt gehouden door onderling vertrouwen. Dat vertrouwen is, zo stelde hij, een noodzakelijk vereiste voor vooruitgang.³⁵ Dit inzicht is relevant: als we recht zien als een ‘institutie’ die door het stellen van spelregels en het aldus reduceren van onzekerheid, het *vertrouwen* bij maatschappelijke uitwisseling kan ondersteunen en daarmee handel kan bevorderen,³⁶ dan is recht een essentieel onderdeel van de maatschappelijke ‘infrastructuur’ net zoals wegen dat zijn. Wegen met gaten of verkeerde bewegwijzering faciliteren niet, maar hinderen het verkeer. Gebrek aan vertrouwen leidt tot minder handel en dus moet vermogensrecht het ontstaan, groeien en voortbestaan van vertrouwen ondersteunen, zo zou men, staand op de schouders van Burke, kunnen zeggen.

Met enige verbeeldingskracht kan men een aantal leerstukken in deze sleutel zetten. Op een abstract niveau kan worden gedacht aan rechtszekerheid door voorspelbare uitkomsten, voortgebracht door laagdrempelige, degelijke en snelle rechters. Op concreet niveau kan worden gedacht aan rechtsregels die gerechtvaardigd vertrouwen op serieus te nemen uitlatingen van marktpartijen beschermen (art. 3:35 en 3:36 BW) en die marktpartijen beschermen wanneer zij afgaan op de uiterlijke schijn (art. 3:86 en 3:24 BW).

Als men deze opvattingen bij elkaar legt, ontstaat een beeld van de functies die het vermogensrecht in onze marktsamenleving kan vervullen: het vermogensrecht fungeert als de noodzakelijke infrastructuur voor rechtsverkeer, dat via bescherming van eigendom en de ondersteuning van de uitwisseling van goederen en diensten door stabiele regels, het vertrouwen binnen markten optimaliseert en zo bijdraagt aan het nastreven van eigenbelang en uiteindelijk aan zelfverwezenlijking en algemene welvaart.

2.2 Verhandelbaarheid, kenbaarheid, stabiliteit en voorspelbaarheid

Erkenning en handhaving van het eigendomsrecht, de exclusieve bevoegdheid van een persoon om een goed te hebben, te gebruiken, de vruchten ervan te plukken en om het desgewenst te vernietigen, is een van de randvoorwaarden voor economische uitwisseling.³⁷ Daarom is het voor de maatschappij belangrijk dat het juridisch systeem van ‘eigendomsrechten’ goed in elkaar zit.³⁸ Een stelsel van goederenrecht dat aan de volgende vier aspecten voldoet, schept in elk geval randvoor-

35. Collins, *The Review of Politics* 2017, p. 565 e.v.

36. Over het belang van ‘instituties’ in deze zin bijv. North 1990, p. 3 e.v. Vgl. Peet & Nijhof 2015, p. 22 e.v.

37. Voor economisch-historisch onderzoek naar het verband tussen ‘instituties’ zoals (bescherming van) eigendom en economische groei, zie bijv. Acemoglu, Johnson & Robinson 2001, p. 1369 e.v.; Mokyr 2016, p. 122-123. Vgl. Teulings, Bovenberg & Van Dalen 2003, p. 81 e.v.

38. Bijv. Bouckaert 2007, p. 19-20. Vgl. reeds Temple 1668/1705, p. 224, waarover Hont 2005, p. 197. Ook zijn tijd ver vooruit: Tellegen 1861, p. 23-24. Pleitbezorger van goede landregistratie om precies deze reden is bijv. de Peruviaanse econoom H. De Soto. Zijn ideeën worden inzichtelijk verwoord en toegepast door Wondollock 2012, p. 159 e.v. Vgl. Van Velthoven & Van Wijck 2013, p. 4 e.v.; Malloy 2004, p. 108-110.

waarden voor welvaart door markteconomie: verhandelbaarheid, kenbaarheid, stabiliteit en voorspelbaarheid.³⁹

In de eerste plaats maakt een markteconomisch rechtssysteem *verhandelbaarheid* door overdracht mogelijk. Als vermogensbestanddelen wel waarde vertegenwoordigen maar niet vrijelijk overdraagbaar zijn, komen ze niet eenvoudig terecht bij de persoon die er het meeste voor overheeft.⁴⁰ Omdat markteconomie er juist van uitgaat dat schaarse goederen rouleren op basis van vraag en aanbod, moet verhandelbaarheid het uitgangspunt zijn en moet het vermogensrecht deze roulatie faciliteren. Die verhandelbaarheid betreft idealiter niet alleen stoffelijke maar ook onstoffelijke goederen.⁴¹ Denk aan goederen zoals banksaldi en andere vorderingsrechten, IE-rechten en emissierechten die een exclusieve bevoegdheid belichamen. Daarmee is overigens niet gezegd dat land tegenwoordig onbelangrijk is. De aarde vormt de basis van al het maatschappelijk leven, alle staatsvorming en elke economie. Wat er wel mee is gezegd, is dat de exclusieve bevoegdheid om *elk object van waarde* te bezitten, te exploiteren en over te dragen, de kern van 'eigendom', een belangrijke pijler van onze markteconomie is. Onoverdraagbaarheid of drempels die overdracht bemoeilijken, remmen dus mogelijk economische groei. Er kunnen overigens goede redenen bestaan voor dergelijke beperkingen, zoals we later zullen zien.

In de tweede plaats maakt een goed rechtssysteem eigendomsposities naar buiten toe *kenbaar*. Als een of andere vorm van openbaarheid van eigendomsposities bestaat en zodoende voor derden tot op grote hoogte zeker is wie eigenaar is en dus tot vervreemden en bezwaren bevoegd is, kan het eigendomsrecht worden gebruikt voor economische uitwisseling (inclusief kenbare zekerheidsrechten zoals pand en hypotheek). Een economie die eigendom van land bijvoorbeeld niet met een betrouwbaar openbaar register ondersteunt, maakt het voor derden onzeker wie eigenaar is. Als een eigenaar zijn eigendomsrecht niet goed kan bewijzen, kan hij het ook niet overdragen of er een zekerheidsrecht op vestigen ten behoeve van geldschieters. Het is om deze reden dat bij het meten van de economische kracht en zwakte van een land ook aandacht wordt geschonken aan de kwaliteit van de openbare registers van landeigendom.⁴²

Stabiliteit en voorspelbaarheid zijn ook belangrijk: het recht met betrekking tot eigendom moet vooral een voorspelbaar rechtsgebied zijn. Het subjectieve recht moet op voorspelbare wijze, zo nodig door middel van overheidsinterventie, gehandhaafd kunnen worden tegenover inbreukmakers.⁴³ En de overheid zelf moet eigendom van burgers ook ontzien. Een overheid die bijvoorbeeld willekeurig onteigent, fnuikt investeringen en zal economische groei doen stagneren. Een

39. Vgl. Wilterdink 2015, p. 30-33.

40. Het idee dat in een volkomen markt een goed uiteindelijk altijd efficiënt wordt gealloceerd, ongeacht wie in den beginne de rechthebbende is, is onderdeel van het zgn. *Coase-theorema*. Zie Coase, *Journal of Law and Economics* 1960. Vgl. bijv. Teulings, Bovenberg & Van Dalen 2003, p. 84 e.v.; Malloy 2004, p. 177.

41. Het relatieve aandeel van stoffelijke objecten in de wereldeconomie neemt af. In 1980 bestond 30 procent van de wereldeconomie uit *diensten*, in 2008 was dat al 40 procent. Niet dat er minder zaken worden gemaakt, maar hun relatieve aandeel in de welvaart neemt af. Zie Trentmann 2016, p. 682-683. Over de 'opmars' van niet-tastbare waarde Haskell & Westlake 2018, p. 15 e.v.

42. Zo vergelijkt de Wereldbank-rapportage *'Doing business'* de eenvoud van de procedures, de tijd die nodig is om transacties te verwerken, de kosten en de kwaliteit van de registers. Zie www.doingbusiness.org.

43. Vgl. art. 5:2 jo. art. 6:162 BW.

overheid die onteigent zonder de onteigende eigenaar te compenseren voor het verlies, zaait bovendien sociale onrust en zal vroeg of laat grote maatschappelijke instabiliteit en mogelijk zelfs revolutie oogsten. Onteigening van de enkeling moet dus redelijke gronden dienen zoals het algemeen belang, volgens redelijke procedures gevoerd worden en tot redelijke schadeloosstelling leiden.⁴⁴

2.3 Begrenzing van eigendom en verdeling van schaarste

Exclusieve individuele heerschappij over goederen is dus een hoeksteen van een markteconomie. Daar staat tegenover dat 'het meest omvattende recht' ook in de context van maatschappelijke belangen gezien moet worden.⁴⁵ Zelfs absolute rechten vergen relativering om de balans tussen markt en samenleving te vinden. In dat verband onderscheid ik drie categorieën van begrenzing van eigendom: begrenzing tussen burgers onderling, begrenzing om redenen van het algemeen belang of sociale doelen, en indirecte begrenzing door herverdeling van welvaart.⁴⁶

Allereerst kan in de specifieke verhouding tussen twee partijen het eigendomsrecht worden begrensd. We lezen die begrenzing letterlijk in art. 5:1 lid 2 BW. Zo kan men denken aan het geval waarin het uitoefenen van het eigendomsrecht misbruik van recht oplevert (art. 3:13 lid 2 BW). Nog iets verder gaat de opvatting dat de eigenaar bij de uitoefening van zijn eigendomsrecht zijn medemens, wederpartij of derde behoort te ontzien en te respecteren.⁴⁷ In die richting gaat het leerstuk van onrechtmatige hinder (art. 5:37 jo. art. 6:162 BW), dat neerkomt op een belangenafweging aan de hand van verschillende gezichtspunten tussen de gedragingen van de veroorzaker en de belangen van de benadeelde.

De tweede vorm van begrenzing, die we veelal buiten het BW vinden, is gelegen in de verhouding tot de samenleving als geheel: als gemeenschapsbelangen zwaarder wegen, dan wordt het eigendomsrecht gerelativeerd en zo nodig opgeofferd. Denk aan onteigening en het gedogen van publieke lasten,⁴⁸ herverkaveling,

44. Vgl. Van Velthoven & Van Wijck 2013, p. 89-91.

45. Vgl. Pitlo 1969, p. 36 ('Het is de gang van een individualistisch gerichte maatschappij naar een socialistisch gerichte maatschappij, het is de stroming van liberale naar sociale rechtsstaat') en Grosheide 1982, p. 16 ('het eigendomsrecht bestaat niet; juridische regelingen van eigendom zijn kinderen van hun tijd'). In de naoorlogse jaren spraken sommige juristen graag over de 'dienende functie' of de 'vermaatschappelijking' van het privaatrecht; zie bijv. Valkhoff 1967, p. 3 e.v.; Pitlo 1969, p. 12 e.v.; Grosheide 1982, p. 52-53. Van de vooroorlogse pleitbezorgers, zie bijv. Valkhoff 1928, p. 92 e.v.; Valkhoff 1938, p. 1 e.v. (aangevuld door Valkhoff 1949, p. 195 e.v.); Sinzheimer 1935, p. 76 e.v. Een beschrijving van de (rechts)historische ontwikkeling van de inkapseling van het negentiende-eeuwse eigendomsbegrip in de veranderende maatschappelijke context zien we (naast de geschriften van met name Valkhoff) bijv. bij Grosheide 1982, p. 17 e.v.

46. Vgl. Lehmann 2016, p. 297 e.v.

47. Aldus Tweede Kamerlid Zeelenberg (PvdA), zie Van Zeben, Belinfante & Ewijk 1962, p. 43-44. Vgl. Van der Ven 1947, p. 8, die stelt dat eigendom niet absoluut is maar altijd gerelateerd moet worden aan de bevrediging van redelijke behoeften. Sommigen gaan zelfs zo ver dat zij menen dat wie over eigendom spreekt, zich ideologisch moet legitimeren (Grosheide 1982, p. 64, aangehaald door Van Maanen 1987, p. 128). Dat standpunt schuift in de richting van Gierke 1889, p. 20 ('kein Recht ohne Pflicht') en doet in de verte denken aan art. 153 Weimarer Reichsverfassung 1919 ('Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste'; overigens betekent dit niet dat private eigendom niet werd geëerbiedigd in Weimar; hetzelfde grondwetsartikel bepaalt namelijk: 'Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt'). Vgl. Valkhoff 1938, p. 19.

48. Bijv. Onteigeningswet; Wet inrichting landelijk gebied; Belemmeringenwet Privaatrecht.

distributie bij noodtoestand,⁴⁹ dwanglicenties,⁵⁰ bescherming van cultuurgooederen,⁵¹ en voorzorg ten aanzien van strategische goederen.⁵²

Er zijn ook gevallen waarin de Staat een actieve rol aanneemt om bepaalde groepen binnen de samenleving te beschermen tegen de uitwassen van een te absoluut eigendomsrecht. Deze gevallen behoren niet tot de eerste vorm van begrenzing omdat niet de specifieke verhouding tussen twee partijen maar het algemeen belang gediend is met die actieve rol. Zou die rol uitblijven, dan volgt maatschappelijke ontwrichting. Denk bijvoorbeeld aan schaarste van eerste levensbehoeften die daardoor onbereikbaar worden voor onvermogenen. Het goed is bijvoorbeeld zo schaars dat de eigenaar door de Staat beperkt wordt in zijn contractvrijheid door middel van dwingend recht om te voorkomen dat hij eenmaal gesloten overeenkomsten die aan een derde een gebruiksrecht geeft weer openbreekt, zonder grond beëindigt of anderszins heronderhandelt.

Het dwingende huurrecht in Boek 7 BW ten aanzien van woonruimte is daar een voorbeeld van; het beperkt immers het onbeperkte genot van de eigenaar en diens contractvrijheid in die zin dat hij niet altijd een huurprijs mag bedingen die hem goeddunkt, dat een eenmaal gesloten overeenkomst niet eenvoudig eenzijdig kan worden beëindigd en dat de inhoud van de eenmaal gesloten overeenkomst ter toetsing kan worden voorgelegd aan een commissie, rechter of andere toetsingsinstantie.⁵³

De derde categorie van ‘begrenzing’ is veel indirecter en subtieler dan de voorgaande categorieën. Die begrenzing is veelal gelegen in belastingmaatregelen, sociale zekerheid, subsidievormen en andere overheidsinstrumenten die strekken tot *herverdeling* van welvaart van rijk naar arm en van bevoorrecht naar achtergesteld, door bijvoorbeeld het progressief belasten van inkomen of het afnemen van vermogen na overlijden.

Als achtergrond kan hier worden gewezen op de discussie over het verband tussen het marktmechanisme, democratie en welvaarts groei. Vrije markt leidt namelijk tot concurrentie door onder meer innovatie en schaalvergroting. Beide verschijnselen kunnen op hun beurt leiden tot concentratie van vermogen. Die concentratie kan elitevorming in de hand werken, sociale ongelijkheid voeden, sociale onrust baren en economische neergang bevorderen.⁵⁴ Als er dan geen overheid is die vermogen herverdeelt om concentratie tegen te gaan (‘nivellerings’) of die anderszins ongelijkheid

49. Zie met name Coördinatiewet uitzonderingstoestanden 2015; Distributiewet 1939; Hamsterwet 1962; Prijzenwet 1961; Prijzennoodwet 1984; Noodwet voedselvoorziening 1962; art. 13 Noodwet rechtspleging. Vgl. voor contractdwang in noodtoestand bijv. Wet behoud scheepsruimte 1939; Vervoersnoodwet 1962; Havennoodwet 1963; Vaarplichtwet 1972; Noodwet Arbeidsvoorziening 1971; Noodwet Geneeskundigen 1971.

50. Zie bijv. art. 57 Rijksoctrooiwet 1995. Vgl. ook Leegstandwet 1981.

51. Zie bijv. Erfgoedwet 2015.

52. Zie bijv. Noodwet financieel verkeer 1978.

53. Vgl. Van Maanen 1987, p. 108-109. Het ‘reguleren’ van eigendom is volgens het EVRM toegestaan. Zie bijv. EHRM 2 juli 2013, 27126/11, EHRC 2013/271; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:827; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:826, NJ 2014/426 (Nobel/Brommet); HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:110, NJ 2018/238 (Stichting Hippos c.s./Staat) over het sociale huurstelsel versus het recht op winstgevende exploitatie van eigendom.

54. Van Bavel 2018, p. 37 e.v. Vgl. het overzicht bij Vries, *International Review of Social History* 2017, p. 131 e.v.

*aanpakt, kan economische neergang en sociale onrust het gevolg zijn. De overheid conditioneert dus vermogensverhoudingen door eigendom te beschermen of juist in te perken.*⁵⁵

Hoewel er in politieke zin natuurlijk heel verschillend wordt gedacht over de vraag of herverdeling rechtvaardig is en in welke richting herverdeling zou moeten plaatsvinden, zijn er sterke aanwijzingen dat daar waar wordt gewerkt aan een combinatie van een concurrerende markteconomie met een overheidsbeleid gericht op enige nivellering, dus waar de verschillen tussen arm en rijk relatief klein worden gehouden en waar kansengelijkheid en meritocratie het winnen van klassenvoordeur en nepotisme, iedereen wint.⁵⁶ Als één kleine sociale groep het grootste deel van de maatschappelijke welvaart én politieke macht in handen heeft zonder de bereidheid om deze beide te delen, heeft men een recept voor serieuze instabiliteit.⁵⁷ Let wel, dit is niet een pleidooi voor de socialistische heilstaat; het gaat veeleer om het vinden van de *balans* tussen markt en samenleving. In ons 'coalitie- en consensusland' lijkt die balans al decennia redelijk goed te worden gehandhaafd, zeker als men de vergelijking maakt met sommige andere ons omringende landen.⁵⁸ Een deel van de verklaring van deze 'balans' in ons land is gelegen in het model van de 'gecoördineerde markteconomie', waarbij concurrentie wordt aangevuld met coöperatie (ook wel het 'Rijnlands model' genoemd).⁵⁹ Deze samenwerking van met name overheid, werkgevers- en werknemersorganisaties is gericht op het uitvlakken van de scherpe kanten van competitie door welvaartherverdeling, bescherming van werkgelegenheid, het bevorderen van sociale rust in arbeidsverhoudingen, sociale zekerheid en relatief bescheiden verschillen in inkomen.

55. Wilterdink 2015, p. 309.

56. Bijv. Wilkinson & Pickett 2009; Atkinson 2015. Vgl. het pleidooi voor herverdeling bij Piketty 2013, p. 751 e.v. Overigens vragen Vrooman, Gijsberts & Boelhouwer 2014, p. 321 e.v. terecht aandacht voor andere verschillen dan alleen tussen 'arm en rijk'.

57. Vgl. Hayek 1944, p. 108.

58. Zie bijv. Bijl e.a. 2013, p. 279 e.v.

59. Tegenover het 'Rijnlands model' staat het 'Angelsaksische model', waarin vrije markt zonder geleiding meer vooropstaat, aandeelhoudersbelangen boven werknemersbelangen gaan en sociale voorzieningen beperkt zijn (Michel Albert, *Capitalisme contra capitalism*, 1991; aangehaald bij Prak & Luiten van Zanden 2013, p. 279).

Hoofdstuk 3

De autonome beslisser en zijn vrijheid

3.1 Het juiste frame

In ons vermogensrechtelijk denkkader is elke persoon bekwaam om rechtshandelingen te verrichten (art. 3:32 BW) en daarmee goederen te verwerven, over te dragen en verplichtingen aan te gaan.⁶⁰ Het vrije genot van dit burgerlijke recht is een hoeksteen van onze markteconomie en (dus) van ons privaatrecht.⁶¹ Het straalt uit naar en heeft een rechtstreekse band met de vrijheid van arbeid, consumptie, ondernemen en vermogensaccumulatie. De ruimte die deze burgerlijke vrijheden creëren, zou men *partijautonomie* kunnen noemen, en de *contractvrijheid* zou men als species van deze autonomie kunnen zien.⁶² Onze wetgever vond het uitgangspunt van partijautonomie in het vermogensrecht en dus zowel de contractvrijheid als de gebondenheid aan het gegeven woord zo evident dat het niet werd opgenomen in het BW.⁶³ Wel vinden we genoeg aanwijzingen; een overeenkomst is vormvrij (art. 3:37 BW), komt in beginsel alleen tot stand door wilsovereenstemming tussen wilsbekwame personen (art. 6:213 en 6:217 jo. art. 3:33 BW) en bindt partijen aan hetgeen zij hebben beloofd (art. 6:248 lid 1 BW).⁶⁴

Voor bepaalde auteurs is contractvrijheid een groots en rotsvast beginsel van vermogensrecht, op grond waarvan wilsbekwamen vrij van overheidsinmenging in staat moeten worden gesteld om hun eigen toekomst vorm te geven. Elke *uitzondering* op die contractvrijheid moet dan worden bevochten.⁶⁵ Op het gevaar af in een discussie te verzeilen van het type ‘is het glas halfvol of halfleeg?’, zou ik toch een iets andere benadering willen bepleiten. We moeten ervoor waken dat het concept van ‘contractvrijheid’ zoals enkele negentiende-eeuwse juridische *laissez-faire*-denkers het kennelijk verstonden,⁶⁶ zonder meer getransponeerd wordt naar de actuele

60. Hier bestaan tal van uitzonderingen op, zoals handelingsonbekwaamheid wegens minderjarigheid (art. 1:234 BW) en curatele wegens geestelijke of lichamelijke toestand dan wel verslaving (art. 1:378 BW). Voorheen was spijlucht ook een grond voor ondercuratelestelling, maar tegenwoordig wordt volwassenenbewind gebruikt om het vermogen van spijluchtigen te beschermen.

61. Vgl. Böhm 1966, p. 98-99.

62. Zie over deze termen nader, met verwijzingen, De Vries 2016, p. 4. Vgl. voor de Duitse historische ontwikkeling van deze begrippen Hellgardt 2016, p. 529 e.v.

63. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/40. In art. 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (betreft vrijheid van ondernemerschap) wordt tegenwoordig ook wel een aanwijzing voor het uitgangspunt van contractvrijheid gezien. Vgl. De Vries 2016, p. 4. Over autonomie en gebondenheid als bij elkaar horend duo bijv. Du Perron 1999, p. 9-10.

64. Vgl. De Vries 2016, p. 2 e.v.; Loth 2009, p. 54 e.v.

65. Bijv. Nieuwenhuis 2006, p. 92; Loth 2009, p. 36; Haentjens 2014, p. 13. Timmerman 2008, p. 34, spreekt van de ‘natuurlijke toestand van het privaatrecht’.

66. Zie Jansen 2015, p. 177 e.v. voor een overzicht van Nederlandse juristen die zich in de tweede helft van de negentiende eeuw in algemene zin tegen ‘staatsinmenging’ keerden (zoals Eijssell, De Pinto, Van Boneval Faure) tegenover juristen die te hoop liepen tegen de maatschappelijke uitwassen van de contractvrijheid (zoals Drucker en Molengraaff). Vgl. over ‘laissez faire’ overigens ook Ogus 1994, p. 7, die er nuchter op wijst dat er nooit echt een ‘ontwerp’ van ‘laissez faire’ is geweest en dat de toename van staatsinterventie in de negentiende eeuw evenmin geschiedde op grond van een

maatschappelijke context. Het is gewoonweg het verkeerde *frame* voor de beschrijving van de huidige verhoudingen.⁶⁷ Zelfs de meest liberale marktdenkers stellen voorop dat een robuust juridisch raamwerk, onderhouden door een sterke overheid, noodzakelijk is om een houdbare markteconomie met contractvrijheid te laten functioneren.⁶⁸ Ik zou contractvrijheid daarom veel meer willen zien als het *ideaaltype* van sociale uitwisseling op een goed werkende markt, dat zich elke dag opnieuw moet bewijzen. Zolang een specifieke markt goed functioneert en de uitwisselingen op die markt brengen wat de maatschappij ervan verwacht, kan men volstaan met het faciliteren van uitwisselingen op die markt door middel van regelend recht en is er geen noodzaak om contracten van partijen te geleiden door middel van dwingende regels. Echter, zodra de markt niet goed functioneert (hoe 'goed' ook is gedefinieerd), is geen sprake van die ideaaltypische situatie en moet geleiding van marktpartijen worden overwogen om perspectief op herstel te bieden.⁶⁹

Kortom: ingrepen omwille van de borging van de vrijheid om zichzelf te ontplooiën of om preferenties na te streven, zijn ingrepen in de *werkelijke* wereld van gebrekkige, onevenwichtige, schadelijke of onzedelijke contracten die worden gerechtvaardigd door het streven om *het ideaal* van contractvrijheid dichterbij te brengen. De vraag die in dat verband dus rijst, is: wanneer functioneert de markt 'goed' en wanneer 'niet goed'?

3.2 Rationele keuze

Beginnen we bij het begin: het mensmodel van de rationele keuzeactor. Een rationeel persoon is autonoom, bepaalt zijn of haar wil en neemt beslissingen in het licht van preferenties, het geheel van persoonlijke voorkeuren, belangen en waarden. Deze autonome beslisser zal, gesteld voor een keuze, de voor- en nadelen van alle keuzemogelijkheden tegen elkaar afwegen en vervolgens de optie kiezen waarvan het verwachte nettoresultaat (waarde van verwachte voordelen minus waarde van de verwachte nadelen) het grootst is. Dat is in een notendop wat de rationelekeuzetheorie stelt.⁷⁰ In dit model van menselijk denken, beslissen en handelen is een aantal veronderstellingen van belang. Zoals: individuen hebben ontwikkeld wilsvermogen en redeneren met behulp van logica; zij hebben een duidelijk beeld van hun voorkeuren (preferenties) in het leven en zij zijn in staat om die voorkeuren te rangschikken; zij zijn in staat om de kosten en baten van de beschikbare keuzemogelijkheden in te schatten; zij zijn in staat om keuzemogelijkheden te vergelijken in het licht van hun voorkeuren; en zij zijn in staat om een rangorde aan te brengen in keuzemogelijkheden in het licht van hun preferenties.

'grand design' voor een betere wereld maar in reactie op concrete misstanden op economisch en sociaal gebied. Hoewel Ogus vooral over het Verenigd Koninkrijk spreekt, denk ik dat het ook voor ons land waar is. Vgl. Diepenhorst 1958, p. 183.

67. Zo in essentie ook, als ik het goed zie, Beekhuis 1953, p. 177 e.v.

68. We vinden dit zelfs bij de rechts-conservatief Hayek 1944, p. 37 e.v.

69. Rutten in: Asser/Rutten 4-II 1982, p. 35-36 verwoordt het mooi waar hij stelt dat het begrip van 'contractvrijheid' en dus de grenzen daarvan altijd moet worden gezien tegen de maatschappelijke achtergrond, economische ontwikkeling en sociale opvattingen. Vgl. Gierke 1889, p. 28 ('Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst'); Beekhuis 1953, p. 191.

70. De literatuur is overvloedig. Ik verwijs slechts naar Korobkin & Ulen, *Cal. L. Rev.* 2000, p. 1051 e.v.; Malloy 2004, p. 27 e.v.

Dit model van de mens associëren we met een individualistische wereldvisie waarin geldt dat eenieder zelf vrij én verantwoordelijk is om zijn eigen toekomst vorm te geven, dat het gegeven woord bindt en dat wie zijn billen brandt, op de blaren moet zitten. Zolang iemand geen schade aan derden toebrengt, mag hem zijn autonomie niet ontnomen worden.⁷¹ In de context van het vermogensrecht gaat het om het recht om te beschikken over het eigen vermogen en om zichzelf te binden, en om de verantwoordelijkheid die daaraan verbonden is.⁷²

Autonomie wordt daarom ook wel gedefinieerd als het fundamentele recht en de ultieme verantwoordelijkheid van individuen om hun eigen lot te bepalen door hun handelen uit vrije wil.⁷³ In het vermogensrecht associëren we dat met handelingsbekwaamheid, partijautonomie, contractvrijheid en ook met de faciliterende functie van het vermogensrecht. Als een individu een volgroeid vermogen heeft om zijn wil te bepalen, dan wordt hij geacht wilsbekwaam en handelingsbekwaam te zijn.⁷⁴ De maatman waar iedereen aan wordt afgemeten, heeft kennelijk ergens tussen 16 en 18 jaar een volgroeid wilsvermogen.⁷⁵

Voor de bestudering van marktgedrag van individuen is een keuzetheorie een *model van menselijk beslissinggedrag*, dat wil zeggen een sterk versimpelde voorstelling van zaken die *gemiddeld genomen* een correcte beschrijving moet geven. Het is dus geen precieze beschrijving van hoe individuele mensen in concrete gevallen denken, beslissen en handelen.⁷⁶ Strikt genomen zal dus zelfs de meest neoliberale econoom erkennen dat 'de' rationele mens niet echt maar slechts gemiddeld bestaat. In de praktijk draait het echte mensen niet alleen om geld en ook niet altijd om optimale bereiking van hun preferenties, in het licht van hun belangen en waarden. Soms doen ze maar wat. Soms weten ze niet wat ze doen. Een minder 'harde' theorie over rationele keuze zou daarom kunnen zijn dat wilsbekwame mensen (1) over het algemeen geen volstrekt irrationele wezens zijn en dus dat zij (2) *sommige* beslissingen nemen na een *bepaalde* afweging van kosten, baten en alternatieve handelwijzen, maar andere beslissingen misschien niet, en (3) dat zij niet allemaal hetzelfde gebakken zijn en dat de theorie dus een 'model' van 'gemiddeld' beslissinggedrag geeft.⁷⁷

De rationelekeuzetheorie veronderstelt dat de beste beslissingen volgens een keuzeproces tot stand komen waarbij informatie over verschillende keuzealternatieven wordt vergeleken. Dit mensbeeld spooft tot op zekere hoogte met concepten als *autonomie* en *keuzevrijheid* in het vermogensrecht. De centrale gedachte is dat als een markt goed werkt, mensen op die markt in staat worden gesteld om economische beslissingen te nemen die hun belangen het beste dienen. Zij weten het beste

71. Aldus John Stuart Mill, *On Liberty*, London: Longmans, Green and Co 1892, p. 6, l.k. (origineel 1859). Vgl. over autonomie in deze filosofische zin bijv. VanDeVeer 1986, p. 129; RMO 2014, p. 39 e.v.

72. Zie voor het contractenrecht bijv. Hartlief 1999; Nieuwenhuis 1979, p. 3, 5-7, 46-47 en 63 e.v.; vgl. Hesselink, Salomons & Du Perron 2003, p. 1-2 alsmede de verwijzingen bij Reppen 2001b, p. 70 e.v.

73. Vgl. Van Boom & Ogus 2011.

74. Elke meerderjarige is handelingsbekwaam (art. 3:32 BW); rechtshandelingen verricht onder invloed van een stoornis van geestvermogens zijn onder omstandigheden nietig of vernietigbaar (art. 3:34 BW).

75. Zie art. 7:612 en 447 BW (16 jaar) resp. art. 1:234 BW (18 jaar).

76. Bijv. Malloy 2004, p. 28-30; Elffers 2005, p. 19; Jacobs 2008, p. 38 e.v.

77. Naast de ruwe versie wordt bijv. ook wel de 'expected utility' (verwacht-nut)-versie onderscheiden, de eigenbelangversie en, zoals gezegd, de 'wealth maximisation'-versie.

wat zij willen in het leven (preferenties) en door ze in staat te stellen om door middel van economische keuzes hun nut (utiliteit) te maximaliseren, is de maatschappij als geheel het beste af. Voor het contractenrecht betekent dit kort gezegd dat als de markt goed werkt, bekwame partijen vrij zijn om het contract te sluiten dat zij zelf kiezen en dat de Staat in beginsel geen correcties moet aanbrengen op dat aldus gesloten contract. Uitzonderingen op deze hoofdregel zouden alleen spelen als ‘de markt faalt’ of als ‘de persoon faalt’, met andere woorden niet wilskwaaam is (‘*personae miserabiles*’ zoals ondercuratelegestelden en kinderen).

Een van de gevallen waarin ‘de markt faalt’ is een situatie van *informatietekort*. Veel rechtsregels in het vermogensrecht zijn daarom gericht op het wegnemen van informatietekorten in het contracteerproces; die regels kunnen dus geassocieerd worden met het streven naar goed werkende markten. Als voorbeeld: in de precontractuele fase zijn (toekomstige) partijen verplicht om elkaar tot op zekere hoogte relevante informatie te verschaffen. Dit soort rechtsregels kunnen gerechtvaardigd worden vanuit de gedachte dat een informatieplicht ertoe dient om een informatietekort te verhelpen of om ‘zoekkosten’ te verlagen en zo te faciliteren dat contracten tot stand komen in overeenstemming met preferenties van contracterende partijen.⁷⁸ Kennelijk is de aanname van de ontwerpers van die regels dat als de keuzeactor de betreffende informatie heeft, deze vervolgens in staat is om een afgewogen besluit te nemen. Daarom spreekt men wel van het ‘informatieparadigma’: de overtuiging dat informatieverstrekking een soort haarlemmerolie is die veel gevallen van marktfalen kan redresseren. Zowel in het vermogensrecht als in bestuursrechtelijke regelgeving vinden we allerhande informatie- en mededelingsplichten, variërend van zorgplichten voor dienstverleners en mededelingsplichten in de precontractuele fase tot financiële bijsluiter en ken-je-klantverplichtingen. Het formuleren van dergelijke plichten klinkt overigens eenvoudiger dan het in werkelijkheid is. Niet iedereen zoekt dezelfde informatie, niet iedereen leest en begrijpt alles, en lang niet alle kennis is klip-en-klaar.

3.3 Van autonomie naar paternalisme

Er is ook meer fundamentele kritiek op het rotsvaste geloof van met name economen in dit informatieparadigma. Onder invloed van psychologisch onderzoek is fundamentele kritiek geformuleerd op het rationele beslissingsmodel. Deze kritiek trekt in twijfel dat mensen (altijd) in staat zijn om, zelfs als zij alle relevante informatie voorhanden hebben, de rationele beslissing te nemen die nodig is in het klassieke economische model.⁷⁹ Gewezen wordt op cognitieve stoornissen bij het verwerken van informatie, zelfbeheersingsproblemen, keuzeverlamming in geval van te veel informatie, en een verschil tussen houding en gedrag, vaak door gebrek aan handelingsperspectief.

78. Schwartz & Wilde, *U. Pa. L. Rev.* 1979, p. 630 e.v. stellen bovendien als eis dat het informatiegebrek in de betreffende markt ertoe leidt dat de prijzen te hoog zijn.

79. De literatuur is overvloedig. Zie bijv. Korobkin, *Cornell Law Review* 1998 p. 608 e.v.; Korobkin & Ulen, *Cal. L. Rev.* 2000, p. 1051 e.v.; Sunstein 2000; Gigerenzer & Engel 2006; Thaler & Sunstein 2008; Haan, Hinloopen & Onderstal 2017, p. 61 e.v. Vgl. ook voor de transpositie naar het Nederlandse recht bijv. Van Boom, *NTBR* 2003, p. 555 e.v.; Van Boom 2003; Giesen 2005; Croes 2007, p. 79 e.v.; Van Boom, Giesen & Verheij 2008; Van Boom, Giesen & Smit 2012; Van Boom, Giesen & Verheij 2013.

De kritiek op het informatieparadigma staat niet op zichzelf maar hangt samen met de algemenere kritiek op het mensmodel van het individueel rationalisme. Dat uit zich in de opvatting dat autonomie niet altijd reëel of wenselijk is, maar dat soms paternalisme nodig is.⁸⁰ Regels die autonomie ontnemen aan een beschermeling en daarvoor iets anders in de plaats stellen omwille van bescherming, kunnen onder de noemer van paternalisme worden gebracht. Dat zijn geleidende regels die bijvoorbeeld beogen te voorkomen dat de beschermeling het eigen vermogen schade toebrengt of juist proberen te bewerkstelligen dat diens welzijn, gezondheid of vermogen behouden blijft. Die regels beknotten de autonomie van een persoon, vaak met als rechtvaardigingsgrond dat 'de persoon faalt' (wilsonbekwaamheid en daarmee gelijkgestelde gevallen) of dat deze tegen zichzelf moet worden beschermd.

Van oudsher kennen we bijvoorbeeld paternalisme in de vorm van de goedbedoelde vermogensbescherming van minderjarigen, geestelijk gestoorden en verslaafden tegen de gevolgen van het handelen onder invloed van hun eigen beperkingen.⁸¹

Het ontnemen van handelingsbekwaamheid aan een meerderjarige geschiedt door ondercuratelestelling; het is een ingrijpende maatregel omdat bijvoorbeeld ook de bekwaamheid om familierechtelijke handelingen te verrichten, kan worden aangetast. Een iets minder ingrijpend alternatief is het beschermingsbewind.⁸² Curatele wordt toegepast bij tijdelijke of blijvende stoornis van het wilsvermogen door lichamelijke of geestelijke gebrekkige toestand of drank- of drugsverslaving. Die oorzaken staan namelijk aan rationele wilsvorming in de weg, met als gevolg dat de curandus zijn vermogensrechtelijke belangen niet zelf kan behartigen. Daarom, zo is de gedachte, moet het vermogen van de persoon die hieraan lijdt, worden beschermd. Door de curandus zijn handelingsbekwaamheid te ontnemen met de maatregel van curatele, wordt hij dus tegen zichzelf beschermd. Voor personen die onverantwoord doelloze uitgaven doen of 'problematische schulden' hebben (ook wel: 'spilzucht' of 'verkwisting'), is er de iets lichtere vorm van beschermingsbewind. Hoewel dat juridisch gezien iets anders werkt dan curatele, is de ratio ook hier de bescherming van de verkwister tegen zichzelf.

Deze 'verkwisting' is een interessante categorie omdat deze, duidelijker dan bij stoornis door gebrekkige toestand of drank- of drugsverslaving, de grens tussen autonomie en paternalisme in beeld brengt. Wat geeft de Staat het recht om personen die 'lijden' aan 'verkwisting' het beheer van hun vermogen te ontnemen? In de negentiende eeuw werd nog wel het algemeen belang aangeroept, in die zin dat 'ieder mensch in de maatschappij verplichtingen te vervullen heeft, welke van het bezit van goederen afhangen, en dat het dus billijk is dat de maatschappij tegen verkwisting waakt'.⁸³ Die ratio ziet men tegenwoordig niet meer aangeroept. Er wordt juist terughoudendheid bepleit.⁸⁴

80. Nader daarover Van Boom, Tuil & Dijkshoorn 2008, p. 251 e.v.

81. Zie art. 1:378 en 1:382 BW (curatele) en art. 1:431 BW (onderbewindstelling).

82. Art. 1:431 BW. Tot 2014 was verkwisting een grond voor ondercuratelestelling.

83. Voorduin 1838, p. 163. Ook werd wel gewezen (bijv. Oudeman, *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt* 1847, p. 129) op het belang van erfopvolgers die hun nalatenschap zagen verdampen.

84. I. Jansen, in: *GS Personen- en Familierecht*, art. 1:378 BW, aant. 2.2, bijgewerkt tot 1 april 2012.

De bescherming van menselijke waardigheid tegen uitbuiting van geestelijke zwakte of economisch precaire positie die we zien in het verbod van mensenhandel, orgaanhandel, (commercieel) draagmoederschap,⁸⁵ alsmede in de regulering van de gokindustrie, wordt door sommigen ook onder paternalisme geschaard.⁸⁶

Voorts wordt ook wel over paternalisme gesproken wanneer wordt ingegrepen door de overheid vanuit een bepaalde ‘maatschappelijke moraal’. Voorbeelden hiervan zijn het verbod om rechtshandelingen te verrichten die door inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden.⁸⁷ Of al deze gevallen op één lijn kunnen worden gesteld, is twijfelachtig. Neem overheidsmaatregelen ter ontmoediging van roken of ongezonde eetgewoontes, en stel die tegenover het verbod op mensenhandel en slavernij. Zijn die op één lijn te stellen? Het verbod van mensenhandel gaat over de bescherming van de menselijke waardigheid tegen feitelijke of economische onvrijheid om de eigen levensloop te bepalen. Het ‘keuze-element’ is daar allicht minder sterk aanwezig dan bij ‘keuzes’ over levensstijl.

Het zou onjuist zijn om te menen dat elke dwingendrechtelijke bepaling of ongeschreven gedragsregel van goede zeden onder de noemer ‘paternalisme’ valt. Vaker is de noodzaak tot maatschappelijke ordening en het beschermen van belangen van anderen dan de direct betrokkenen de rechtvaardigingsgrond.⁸⁸ Paternalisme kan een grond zijn voor een ingreep, maar niet elke ingreep is gegrond op paternalisme. Dus is het van belang om een scherpere omschrijving van ‘paternalisme’ te hanteren, zoals bijvoorbeeld:

- een gedwongen ingreep in een beslissing van een beschermeling om te voorkomen dat deze zichzelf schade berokkent;⁸⁹
- een ingreep om welzijn, geluk, de belangen, behoeften of waarden van de betrokken beschermeling te beschermen;⁹⁰ of
- een toe-eigening door de overheid van het recht om te bepalen wat het beste is voor de beschermeling omdat deze niet in staat wordt geacht dat zelf te bepalen.⁹¹

Paternalisme heeft soms een negatieve bijklank, omdat het geassocieerd wordt met betutteling, met het idee dat individuen niet in staat zijn om zelf behoorlijke beslissingen te nemen, om zichzelf te beschermen en om in autonomie verantwoordelijke beslissingen te nemen. Maar in werkelijkheid kennen westerse democratieën

85. Vgl. de recente discussie (n.a.v. Ambagtsheer 2017) of het verbod op verkoop van organen *paternalistisch* is of niet: ‘Verbod op orgaanhandel werkt niet: “Experimenteer met het toestaan van beloning voor nierdonatie”’, *de Volkskrant* 22 augustus 2017. De econoom Macis stelde onlangs een gereuleerde markt voor de verkoop van nieren voor; zie ‘Uw nier als appeltje voor de dorst?’, *FD* 26 februari 2019.

86. Sandel 2012 staat vol van dit type vraagstukken (Moet het recht beschermen tegen ontmenselijking door de markt? En wanneer is daarvan dan sprake?).

87. Shiffrin, *Philosophy & Public Affairs* 2000, p. 206-207. Vgl. over paternalisme in het contractenrecht algemeen Cserne 2012, p. 81 e.v.

88. Shiffrin, *Philosophy & Public Affairs* 2000, p. 213.

89. Valdés, *Ratio Juris* 1990, p. 173 e.v. Het gedwongen karakter staat vooral centraal bij Kennedy, *Maryland L. Rev.* 1982, p. 572.

90. Dworkin 1971, p. 108; Burrows, *International Review of Law and Economics* 1995, p. 495; Zamir, *Virginia L. Rev.* 1998, p. 236; Shiffrin, *Philosophy & Public Affairs* 2000, p. 231-214.

91. Ogus 2006, p. 83. Op p. 234 bespreekt Ogus nog een ‘sociaal contract’ variant van paternalisme.

tal van regels die we paternalistisch kunnen noemen.⁹² De mate waarin een maatschappij min of meer paternalistische ingrepen in de handlingsvrijheid nodig acht, zegt dus waarschijnlijk iets over gangbare opvattingen over de ideale samenleving in die maatschappij. Het verbaast dan ook niet dat het juridische debat over paternalisme in de Verenigde Staten van Amerika – waar overheidsingrijpen in algemene zin veel extremere reacties uitlokt dan bijvoorbeeld in Europa – op geheel andere wijze verloopt dan in Europa.⁹³

De literatuur maakt verschillende onderverdelingen van paternalisme.⁹⁴ Zo wordt wel gesproken van ‘direct en indirect paternalisme’.⁹⁵ Bij de eerste categorie richt het verbod zich tot de persoon tot wiens belang het paternalisme strekt, terwijl bij de tweede categorie als het ware een derde moet zien te voorkomen dat de beschermde persoon schade lijdt. Deze tweede categorie grijpt dus niet alleen in de handlingsvrijheid van de beschermde persoon in, maar ook in die van de derde.⁹⁶ Die derde noemen we dan wel een ‘gatekeeper’ of ‘poortwachter’.

Een poortwachter is in deze context dus een aangewezen derde die moet beoordelen of de beschermeling toegang mag krijgen tot een bepaalde markt om daar transacties te verrichten, en die in voorkomende gevallen in het belang van de beschermeling die toegang moet weigeren.

Denk aan de kastelein die de beschonken klant niet meer mag schenken (art. 252 Sr jo. art. 20 e.v. Drank- en Horecawet) of aan de notaris die de juridische plicht heeft om de geestelijke gezondheid van de testator te toetsen alvorens de bejaarde toegang te verlenen tot de testeervrijheid.

Ook wordt wel onderscheid gemaakt tussen zwak tegenover sterk paternalisme (ook wel ‘zacht’ tegenover ‘hard’). Zwak paternalisme kan bijvoorbeeld voorlichting en educatie zijn, om mensen te overtuigen van een betere levensstijl. Informatie over gevaren van bepaalde handelingen is een juridische variant van zwak paternalisme: als iemand geen ongeluk wil krijgen, dan kan een informerende waarschuwing hem tot een handeling brengen die in lijn is met zijn wens om geen ongeluk te krijgen. Een verplichting voor een dienstverlener om een potentiële klant te informeren over de ongevalsrisico’s verbonden aan een bepaalde activiteit, is dus zwak (en ‘impure’) paternalisme. Sterk paternalisme wil niet alleen dwalingen aanpakken in de aansluiting tussen preferenties en handeling, maar ook dwalingen in de preferenties zelf.⁹⁷ Dwingend recht kan zo beschouwd in het teken van sterk paternalisme staan. Gedacht kan worden aan een wettelijk gebod aan fietsenverhuurders om alleen maar fietsen inclusief helm te verhuren, of aan een verbod gericht tot kredietverstrekkers om consumenten meer geld uit te lenen dan zij gezien hun draagkracht kunnen terugbetalen. Ook al zou men een fiets willen huren

92. Zamir, *Virginia L. Rev.* 1998, p. 285.

93. Zie bijv. de toezetting bij Bar-Gill & Epstein 2007 en Ben-Shahar & Schneider 2014. Om die reden ben ik voorzichtig met het omarmen van het Amerikaanse debat hierover: *this is not America*.

94. Zie voor nadere onderverdelingen bijv. VanDeVeer 1986, p. 438-439; Dworkin, *Law and Philosophy* 2005, p. 305 e.v.; Ogus & Van Boom 2011; Cserne 2012, p. 9 e.v.

95. Ook wordt wel gesproken van ‘pure and impure paternalism’.

96. Dworkin 1971, p. 111.

97. Dworkin 2002, p. 1. Vgl. ook ‘hard’ en ‘soft’ paternalisme, waarover bijv. Dworkin 1983, p. 107 e.v.; Ogus 2006, p. 85; White, *Law and Inequality* 2009, p. 170; Ogus, *Legal Studies* 2010, p. 61 e.v.

zonder helm of zich willens en wetens in onhoudbare schulden willen steken, de ‘gatekeeper’ staat tussen deze preferentie en de handeling.

Een voorbeeld van hard paternalisme biedt de maatregel die de European Securities and Markets Authority (ESMA) in 2018 trof; zij betoegelde de verkoop aan ‘retailklanten’ van zogenaamde Contracts for Difference (CFDs). Een CFD is een contract voor risico-overdracht maar het dient primair speculatiedoeleinden en werd in toenemende mate aan niet-professionele beleggers aangeboden.⁹⁸ Daar waren CFDs te complex voor en het verkoopproces ging gepaard met agressieve en misleidende praktijken en ondoorzichtige kostentoekening. Ruim 75 procent van de retailklanten leed verlies op CFDs (tussen € 1600 en € 29 000).⁹⁹

Zwak paternalisme lijkt in het vermogensrecht de meest voorkomende vorm van paternalisme te zijn. Het begrip ‘zwak paternalisme’ kan het beste worden samengevat als ‘drempels en duwtjes’. Dit zijn min of meer subtiele handelingen die niet rechtstreeks ingrijpen in het beslissingsproces van de beschermeling maar het ongemerkt in een bepaalde richting duwen. Drempels nemen bijvoorbeeld de vorm aan van een waarschuwingsplicht tegen nabij gevaar, zodat met het waarschuwen een barrière gevormd wordt voor het potentiële slachtoffer. ‘Duwtjes’ kunnen de vorm aannemen van regels die individuen in de richting duwen van een ‘goede’ beslissing.¹⁰⁰ Zo wordt wel gesteld dat een wetgever al veel kan bereiken met regelend recht, namelijk door het zo vorm te geven dat het individu al de goede kant op geduwd wordt. De kans dat van het regelend recht afgeweken wordt, is namelijk niet altijd groot.¹⁰¹

Dan is er ook nog paternalisme dat grond vindt in *groepssolidariteit*. De rechtvaardiging van bepaalde geboden en verboden is soms gelegen in het idee dat daarmee het welzijn van een bepaalde groep in de maatschappij of de maatschappij als geheel gediend is. Regels die grenzen stellen aan arbeidsprestaties, zoals werktijdenwetgeving en winkeltijdenwetgeving, maar ook regels zoals het verbod van verkoop van (eigen) organen zijn maatregelen met het oog op het welzijn van de groep personen die het betreft. Maar als een individu binnen die groep weloverwogen dat verbod wil overtreden, zal op solidariteitsgronden toch tegen zijn autonome wil ingegaan moeten worden: het verbod kan alleen maar werken als iedereen zich eraan houdt.¹⁰² Het ligt niet voor de hand dat een individu mag afzien van de bescherming die hij bij groepssolidariteit krijgt.¹⁰³

98. Een CFD kent een kleinere marge dan bij opties en futures en hanteert bovendien een hefboomeffect dat winsten én verliezen uitvergroot zodat men zelfs meer dan de inleg kan verliezen.

99. ‘ESMA agrees to prohibit binary options and restrict CFDs to protect retail investors’ (esma.europa.eu, 27 maart 2018). De verkoop van binaire opties (een CFD met een binaire uitkomst, d.w.z. een percentage winst op de inleg of totaal verlies) aan retailklanten werd geheel verboden, nu deze inherent risicovolle gokproducten niet geschikt werden geacht voor retailklanten (onder meer omdat zij structureel verlies opleverden). Zie ‘Additional information on the agreed product intervention measures relating to contracts for differences and binary options’ (ESMA35-43-1000 27 March 2018). Vgl. ‘Verbod op binaire opties is redelijk’, *FD* 29 maart 2018.

100. Thaler & Sunstein 2008 spreken van ‘nudging’.

101. Sunstein & Thaler, *U. Chi. L. Rev.* 2003, p. 1159 e.v.

102. Vgl. Dworkin 1971, p. 112. Mogelijk vallen hieronder ook verplichte inentingsprogramma’s.

103. Vgl. Kennedy, *Maryland L. Rev.* 1982, p. 633.

Hoofdstuk 4

Faciliteren en geleiden in de marktsamenleving

4.1 Faciliteren

Het recht speelt een belangrijke rol bij het *faciliteren* van uitwisseling. We zien dat duidelijk bij regels die een informatietekort beogen te remediëren en transactiekosten te reduceren. Het vermogensrecht speelt daarin ook een rol. De basale spelregels over contractvrijheid, aanbod en aanvaarding in het BW kan men zien als een set van regels die contractvorming beogen te faciliteren.

Buiten het BW bestaan echter ook tal van faciliterende regels. De faciliterende functie van regulering vinden we bijvoorbeeld in beprijzingsvoorschriften en voorschriften over de ijking van weeg- en meetapparatuur. Die regels strekken ertoe de vergelijkbaarheid van het aanbod van goederen te vergemakkelijken.

Als alle groenteverkopers verplicht zijn om een geijkte weegschaal te gebruiken en om de prijs van hun groente in grammen of kilo's openbaar te maken, kan een beslisser vergelijken tussen aanbieders. Dat gaat moeilijker als prijzen niet geüniformeerd zijn en het gaat nog veel minder soepel als de weegschaal van de verkoper niet te vertrouwen is. Om uniformiteit en betrouwbaarheid te reguleren, zijn er dus regels over de prijsinformatie en ijking.¹⁰⁴

Vaak gaat het bij faciliterende regulering om regels die het contracteerproces *vergemakkelijken* door de kosten van contracteren te verlagen. Economen noemen deze kosten wel 'transactiekosten', dat zijn alle kosten — tijd, geld, moeite — die partijen moeten investeren om een overeenkomst tot stand te laten komen.¹⁰⁵ Hoe hoger de transactiekosten, des te minder contracten tot stand zullen komen. Als een koper erop kan vertrouwen dat de weegschaal van de verkoper is geijkt door een onafhankelijke derde, hoeft hij niet zijn eigen weegschaal mee te nemen om goederen te vergelijken. Dat scheelt gesjouw en schept vertrouwen in de markt. Ijking ondersteunt dus vertrouwen en reduceert transactiekosten. Als contracten niet of tegen onnodig hoge transactiekosten tot stand komen omdat vraag en aanbod elkaar niet (goed) kunnen vinden, spreekt men van een transactiekostenprobleem.

Naast regels over prijsinformatie is er geregeld behoefte aan andersoortige informatievoorschriften. Als een marktdeelnemer wordt verplicht om bepaalde informatie te verstrekken aan een andere deelnemer, bijvoorbeeld over kwaliteitsaspecten

104. Zie bijv. Prijzenwet 1961, Warenwet 1935 en Metrologiewet 2006, waar allerlei uitvoeringsregels op zijn gebaseerd, zoals het Besluit prijsaanduiding producten en het Warenwetbesluit hoeveelheden voorverpakkingen.

105. Zoek-, informatie-, onderhandelings-, besluitvormings-, toezichts- en afdwingingskosten worden onder transactiekosten geschaard (waaronder niet alleen 'out of pocket expenses' maar vooral ook tijd en moeite moeten worden begrepen); zie nader Kanning, Kerkmeester & Couwenberg 2008, p. 161 e.v.; Van Velthoven & Van Wijck 2013, p. 27-28.

van een goed, dan is de ratio daarvoor vaak dat die deelnemer zonder die informatie niet in staat is om een robuuste economische beslissing te nemen. Het feit dat de deelnemer informatie mist die gemiddeld genomen wel relevant is voor de keuze (ook wel minder correct ‘informatieasymmetrie’ genoemd), kan ertoe leiden dat de deelnemer de beslissing neemt die niet het beste past bij zijn voorkeuren. De oplossing voor dat probleem wordt vaak in regulering van informatievoorziening gezocht. Een informatievoorschrift strekt er dan toe om de potentiële wederpartij in staat te stellen het aanbod te vergelijken en te spiegelen aan zijn voorkeuren.

4.2 Geleiden

Het reguleren van informatie door een verkoper te verplichten een energie-efficiëntiecertificaat bij zijn aanbiedingen te tonen, tornt niet aan de vrijheid om al dan niet te contracteren. Evenmin bepaalt het dwingend de hoogte van de prijs. Datzelfde geldt voor regels rondom maten, gewichten en de ijking van weegapparatuur; die regels dwingen niemand om te contracteren en bepalen niet de hoogte van de prijs of de kwaliteit van het goed. Ze reduceren slechts transactiekosten. Als het recht niet kan volstaan met deze faciliterende vormen van regulering, moet naar een indringender oplossing worden gezocht. Die oplossing, die ik schaar onder de noemer *geleiding* van de markt, kan dan bijvoorbeeld gelegen zijn in contractdwang, dwingendrechtelijke regels die de inhoud van het contract bepalen, regels over de minimumkwaliteit van het goed of regels die maximumprijzen instellen. Dat is de vorm ervan. En wat zijn rechtvaardigingsgronden? De ultieme rechtvaardigingsgrond wordt vaak gevonden in het verhelpen van *vier vormen van marktfalen*.¹⁰⁶ Twee van die gronden heb ik hiervoor al behandeld, namelijk het tegengaan van een informatiekort en het reduceren van overmatige transactiekosten. De andere twee betreffen het wegnemen van de negatieve gevolgen van het ontbreken van voldoende mededinging en het minimaliseren van negatieve externaliteiten.

Klassieke voorbeelden van het ontbreken van voldoende mededinging zijn monopolie, monopsonie, oligopolie, oligopsonie en misbruik van een dominante marktpositie. Die gevallen vragen om *geleidende* regulering. Die kan generiek of specifiek zijn. De generieke regels vinden we in het mededingingsrecht, dat bijvoorbeeld misbruik van een dominante positie verbiedt.¹⁰⁷ Daarnaast bestaat vaak specifieke regulering van essentiële diensten waar zich een monopolie of oligopolie voordoet (bijvoorbeeld energie, water, telecommunicatie, spoorwegen, internettoegang).

Het minimaliseren van negatieve externaliteiten betreft alle gevallen waarin een contract negatieve effecten voor derden – personen of ‘publieke goederen’ zoals milieu en leefomgeving – teweegbrengt.¹⁰⁸ Het recht kan het contract verbieden of de inhoud ervan geleiden en omvormen.

106. Over deze rechtvaardigingsgronden bijv. Ogos 1994, p. 15 e.v.; Van Bijnen 2007, p. 54 e.v.; Veljanovski 2010, p. 20 e.v.

107. Art. 102 VWEU, art. 24 Mw.

108. Opgemerkt moet worden dat het probleem van negatieve externaliteiten niet beperkt is tot de vraag of de minimumkwaliteit van de geleverde diensten of producten gereguleerd moet worden ten behoeve van derden. Het kan in bredere zin gaan om nadelige gevolgen van transacties voor derden en het algemeen belang.

Een voorbeeld van externaliteiten is het effect van het platform Airbnb op toeristenbestemmingen zoals grote steden. Het platform verlaagde in rap tempo de (transactie)kosten van toeristenovernachtingen en stimuleerde daarmee het aanbod van tijdelijke woonruimte. Dat is goed nieuws, maar het minder goede nieuws was dat huizenprijzen in binnensteden omhoog werden geduwd,¹⁰⁹ professionele verhuurorganisaties zich vermomden als particulieren¹¹⁰ en sommige woonruimte niet meer beschikbaar kwam voor 'echte' bewoners.¹¹¹ Sociale woningen, die alleen bestemd zijn voor mensen met een kleine beurs, werden op uiterst lucratieve wijze onderverhuurd in de vrije markt. Het lawaai van rolkoffers en luidruchtige burens zal ook niet altijd worden gewaardeerd. Al deze effecten zijn negatieve externaliteiten die verschillende steden en wetgevers tot ingrepen in deze markt hebben genoopt, zoals het instellen van vergunningplichten, Airbnb-vrije zones of verhuurmaxima.¹¹²

Ik merk op dat er naast het verhelpen van klassiek marktfalen ook andere rechtvaardigingsgronden worden ingeroepen voor het geleiden van marktgedrag, zoals het voorkomen van vals spel en het stimuleren van eerlijke mededinging, en ook het nastreven van sociale doelen zoals voorkoming van sociale uitsluiting en het toedelen van schaarse goederen aan onvermogenen. Een laatste rechtvaardigingsgrond die hier kan worden genoemd, heb ik al behandeld in het vorige hoofdstuk, namelijk paternalisme: het ontnemen van autonomie aan bepaalde personen of bij bepaalde transacties om te voorkomen dat een bijzondere kwetsbaarheid van de beschermeling tot benadeling leidt.

De gronden voor geleiding die hiervoor zijn behandeld, betreffen dus vooral gevallen waarin men spreekt van marktfalen. Zoals beschreven zijn de gebreken van de markt dan gelegen in het ontbreken van gezonde competitie (bijvoorbeeld door monopolie of oligopolie), het ontbreken van informatie (informatieasymmetrie), overmatige transactiekosten of negatieve externaliteiten. Contracten die tot stand komen op markten waar een van deze problemen zich voordoet, zijn niet de beste contracten. Daarom wordt marktfalen aangepakt, en wel op verschillende manieren. Voor het vermogensrecht is bijvoorbeeld een rol weggelegd als het gaat om informatieasymmetrie. Voor het algemene probleem dat monopolies, oligopolies en kartelvorming veroorzaken, is er de algemene 'laag' van het mededingingsrecht. Naast generieke regels in het Europese recht en de Mededingingswet zijn er tal van bijzondere 'lagen' in sectorale regelingen, om bijvoorbeeld de toegang tot essentiële diensten te waarborgen.¹¹³

Naast marktfalen en sociale doelen is er nog een specifieke grond voor regulering van private verhoudingen, waarvan de rechtvaardigingsgrond abstracter is en niet altijd zonder meer past in de klassieke benadering van 'marktfalen'. Die grond is

109. Koster, Van Ommeren & Volkhausen, *ESB* 2018, p. 47 e.v.; regulering van de Airbnb-markt leidde in Los Angeles vervolgens tot prijsdaling.

110. 'Nepprofiel met 208 appartementen: de business achter de "authentieke" façade van Airbnb', *NRC Handelsblad* 9 november 2018.

111. Zie het onderzoek 'Amsterdamse sociale woningen in tijden van schaarste' van *Decisive Facts* op www.decisivefacts.nl/case-sociale-woningbouw-in-amsterdam-2/; vgl. 'Hoe Airbnb tot hogere huren en stijgende huizenprijzen leidt', *NRC Handelsblad* 4 februari 2019.

112. Vgl. de voorgenomen wijziging van de Huisvestingswet 2014.

113. Daarover bijv. Baarsma & Rosenboom 2013, p. 3 e.v.

‘vertrouwen’. Vertrouwen in een markt is cruciaal voor het functioneren ervan.¹¹⁴ In de kern vertrouwen klanten die een bankrekening hebben, een zaak belenen of een pensioenverzekering afsluiten, de wederpartij geld of een ander goed dat vermogenswaarde vertegenwoordigt toe. Zij vertrouwen erop dat ze op een goede dag die vermogenswaarde kunnen (terug)krijgen, en om dat vertrouwen te behouden is onder andere vermindering van fraude en insolventie nodig.¹¹⁵ In een ideale wereld weet elke persoon van een potentiële contractpartij of deze in staat zal zijn aan haar financiële verplichtingen te voldoen. De werkelijkheid is natuurlijk anders. Het kan dus nodig zijn om solvabiliteit en liquiditeit van bepaalde debiteuren te reguleren om het vertrouwen in de markt te borgen.¹¹⁶

114. De literatuur over vertrouwen en betrouwbaarheid in een marktcontext is overdadig en kiest tal van perspectieven. Ik verwijs slechts naar Evensky, *Journal of the History of Economic Thought* 2011, p. 249 e.v.; Anomaly, *Social Philosophy and Policy* 2017, p. 99 e.v. Vgl. vanuit economisch-historisch perspectief bijv. Mokyr 2016, p. 121-123 en 161.

115. Adam Smith erkende al dat banken regulering behoeftten. Zie Smith 1776, p. 423-424 (Book II, Ch. ii).

116. Bijv. Broekhuizen 2016, p. 44 e.v.

Hoofdstuk 5

Ideologisch privaatrecht

5.1 Vermogensrechtelijke rechtvaardigheid

In hoofdstuk 1 schreef ik dat er weinig expliciete aandacht is voor de normatieve grondslagen van het privaatrecht. Een verkenning van het recente Nederlandse vermogensrechtelijke discours biedt nauwelijks perspectief op een volledig uitgewerkte ‘bestemming’ of ideologie over rechtvaardigheid. Privatisten wendden hun intellectuele kracht graag aan om de verhouding tussen de wetgever en rechter,¹¹⁷ de binding aan wet en ongeschreven recht,¹¹⁸ en de bronnen en reikwijdte van rechterlijke rechtsvinding te duiden,¹¹⁹ maar nauwelijks om te expliciteren *wat* vermogensrechtelijke rechtvaardigheid is. Hooguit is sprake van een aantal ijkpunten die auteurs in hun stukken centraal stellen (denk aan: bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, gelijkheid, proportionaliteit); vaker nog houden zij hun kaarten tegen de borst.

Wat vinden we zoal aan opvattingen over vermogensrechtelijke rechtvaardigheid? Aan de ene kant van het spectrum vinden we opvattingen die mogelijk te kenschetsen zijn als conservatief of klassiek liberaal, zoals de opvatting dat het vermogensrecht niet verdelende rechtvaardigheid mag dienen, burgers primair moet faciliteren in hun autonomie en (dus) ‘slechts’ tot vergeldende rechtvaardigheid mag strekken en vrije marktuitwisseling mag faciliteren (namelijk door subjectieve rechten te beschermen tegen inbreuk en het gegeven woord bindend te laten zijn).¹²⁰ In lijn met het idee van vergeldende rechtvaardigheid dient het privaatrecht ertoe te strekken dat men betamelijk leeft, de ander geen schade berokkent en dat ‘ieder het zijne bekomt’.¹²¹ Voor verdelende rechtvaardigheid is geen plaats in deze opvatting over de rol van het vermogensrecht – dat is aan publiekrechtelijke regelgeving zoals belastingheffing en herverdeling van welvaart door het publiekrecht.¹²² Aan de andere kant van het spectrum vinden we opvattingen die wellicht te kenschetsen zijn als progressief of sociaal, zoals dat privaatrecht moet voorkomen dat marktwerking tot uitbuiting en sociale uitsluiting leidt,¹²³ dat het zich ten doel moet stellen om ongelijkheid tussen ondernemingen, overheden en organisaties

117. Zie bijv. Asser/Vranken *Algemeen deel*^{***} 2005, p. 10 (‘partners in the business of law’); Loonstra & Jansen, *ArA* 2012; Boogaard, *Ars Aequi* 2013, p. 885 e.v.; Boogaard & Uzman, *Ars Aequi* 2015, p. 61 e.v.

118. Bijv. Anema 1913, p. 13 e.v.

119. Zie bijv. Meijers 1910, p. 3 e.v.

120. Vgl. in die zin bijv. (bij wijze van positieve analyse) Smits 2003, p. 18.

121. Zo vatten Jansen, Kortmann & Van Solinge 2004, p. xxiii-xxiv het beschouwende werk van W.C.L. van der Grinten (1913-1994; hoogleraar te Nijmegen) samen.

122. Zie de auteurs genoemd in noot 153.

123. Brueggemeier e.a., *European Law Journal* 2004, p. 653 e.v. Vgl. daarover Nieuwenhuis 2006, p. 24-25. Zie reeds Gierke 1889, p. 45 (‘Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein’).

enerzijds en natuurlijke personen (consumenten) anderzijds te compenseren,¹²⁴ en dat het individuen in bescherming moet nemen tegen machtige bedrijven, organisaties en overheden.¹²⁵

Sommige auteurs nemen met een glijdende schaal van ‘altruïsme naar individualisme’ een soort tussenpositie in. De gedachte is dat rechtsregels uitdrukking geven aan het ene of andere uiterste (of daartussenin geplaatst kunnen worden).¹²⁶ Deze ‘schaal’ werkt ongeveer als volgt. Individualisme is het idee dat scherp onderscheid tussen eigen belangen en die van anderen bestaat, dat het legitiem is om eigen preferenties voorop te stellen en dat regels die samenleving mogelijk maken, gerespecteerd moeten worden. Het is dus geen egoïsme maar refereert wel aan noties van vrijheid, zelfredzaamheid, partijautonomie en politiek liberalisme.¹²⁷ Altruïsme kent als uitgangspunt dat de eigen belangen net zo belangrijk voor ons moeten zijn als de belangen van anderen, zodat noties als opoffering, delen, solidariteit en politiek egalitarisme meer vooropstaan.

Een ontwikkeling die lijkt te passen in deze ‘glijdende schaal’, is de rechtspraak die contracterende partijen verplicht om tot zekere hoogte ook de belangen van de wederpartij en mogelijk ook van anderen in acht te nemen. Dat is toch minst genomen een ontwikkeling in het vermogensrecht die de burger verplicht tot enige mate van ‘naastenliefde’, ook in de precontractuele fase. Neem bijvoorbeeld het naoorlogse standaardarrest Baris/Riezenkamp (1957), waarin de Hoge Raad definitief een nieuwe weg inslaat en beslist dat in de precontractuele fase partijen in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar staan en rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.¹²⁸ Die uitspraak is zo gezien een ‘rechtspolitieke’ beslissing over hoe bedrijven idealiter met elkaar omgaan in commerciële verhoudingen.¹²⁹ Vanuit een caveat-emptor-standpunt (‘buyer beware’, ‘de koper dient op zijn eigen belangen te passen’) kan daar anders over worden gedacht. Waar ideologie bijvoorbeeld individuele verantwoordelijkheid en vrijheid hoger waardeert dan solidariteit en mededogen, kan men voorspellen dat caveat emptor als uitgangspunt van overeenkomstenrecht verkieslijker wordt gevonden dan een zorgplicht om de ander te behoeden voor onvolledige informatie (laat staan voor eigen stomiteiten).¹³⁰ De onderliggende normatieve rechtvaardiging van caveat emptor kan dus zijn dat het verantwoordelijk maken van individuen eraan bijdraagt dat zij geprikkeld worden om zichzelf als zelfstandig wezen ten volle te ontplooiën

124. Vgl. Langemeijer 1950, p. 8 e.v.

125. In die richting lijkt Zonderland 1974, p. 212 e.v. te neigen. Een duidelijke stap in die richting zette reeds Gierke 1889, p. 12 e.v. Hij bepleitte onder meer dat het privaatrecht meer gemeenschapsgerichte regels moest bevatten (‘ein Tropfen sozialistischen Oeles’, t.a.p. p. 13) en dat bijv. misbruik van eigendomsrecht en contractvrijheid aan banden moest worden gelegd.

126. Kennedy, *Harv. L. Rev.* 1976, p. 1685 e.v.; Kennedy, *Maryland L. Rev.* 1982, p. 563 e.v.; voor Nederland bijv. Hesselink 2004, p. 83 e.v.; Van Zelst 2008.

127. In sommige onderzoeken worden ook schalen gebruikt die liberalisme tegenover conservatisme plaatsen.

128. HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*).

129. Timmerman 2008, p. 39 spreekt in dit verband van ‘een element van wederkerigheid’ en van het ‘sociaal karakter’ van het contractenrecht. Vgl. Van Esveld 1961, p. 119 e.v. (hij verwoordt het mooi op p. 146: ‘De vrijheid vergt van ons dat wij ons met onze naaste bemoeien, als hij het nodig heeft. Maar ook de naaste dient zijn vrijheid actief te gebruiken, zodat er over en weer een samenstel van rechten en plichten ontstaat’).

130. Zie voor dit voorbeeld op een meetlat tussen autonomie en paternalisme Ogus & Van Boom 2011, p. 3.

*en dat het aannemen van zorgplichten juist tot ‘pamperen’, afschuifgedrag en – uiteindelijk – tot grotere overheidsbemoeienis in private verhoudingen zal leiden.*¹³¹ Naast Baris/Riezenkamp moet ik ook Kelderluik (1965) noemen.¹³² Ook dat arrest en wat het teweegbracht, past in de ‘glijdende schaal’. Het arrest verplicht namelijk personen die een gevaarlijke situatie in het leven roepen, om te anticiperen op onvoorzichtigheid van omstanders en om zo nodig voorzorgsmaatregelen te treffen die het ongevalsrisico kunnen reduceren. Het arrest is niet alleen in het ongevallenrecht relevant, want het is ook de pijler gebleken onder de latere ontwikkeling van verschillende zorgplichten uit zowel de maatschappelijke betamelijkheid als uit de ‘goede trouw’ (redelijkheid en billijkheid).¹³³

Een iets scherper uitgewerkt raamwerk vinden we bij Gerard Eduard Langemeijer (1903-1990).¹³⁴ Hij analyseerde in zijn invloedrijke boekje *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht* (1976) een aantal normatieve fundamenten van het Nederlandse vermogensrecht.¹³⁵ De uitgangspunten die hij voor het vermogensrecht formuleerde, waren vooral *marktgericht*, waarbij als centrale waarde gold dat vermogensrecht het algemeen belang moet dienen.¹³⁶ Het vermogensrechtelijke stelsel is volgens Langemeijer gericht op eerbiediging van eigendom, handhaving van ieders vermogen, het faciliteren van transacties met betrekking tot het vermogen en het vergemakkelijken van eenvoudige overgang bij overlijden. Het vermogensrecht veronderstelt dat ieder normaal mens zonder onderscheid van maatschappelijke omstandigheden het best voor zijn eigen belangen kan opkomen. Daarbinnen geldt simpelweg: zich fatsoenlijk gedragen, ieder het zijne geven, een ander niet benadelen.¹³⁷ De tien normatieve beginselen voor het vermogensrecht die Langemeijer formuleert, zijn:

1. Het recht beschermt burgers tegenover elkaar in het genot van rechtmatig verkregen eigendom.
2. Deze rechtspositie is overdraagbaar.
3. Burgers kunnen met elkaar overeenkomsten sluiten die zij verkiezen en deze overeenkomsten binden in beginsel.
4. Opzettelijk of onvoorzichtig schaden van een anders belang geeft die ander recht op schadevergoeding.
5. Voor bepaalde schadelijke voorvallen draagt men het risico.

131. Zie reeds voorzichtig Portalis 1844, p. 53-54: ‘On gouverne mal, quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L’office de la loi est de nous protéger contre la fraude d’autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison (...) Si l’on part de l’idée qu’il faut parer à tout le mal, à tous les abus dont quelques personnes sont capables tout est perdu. On multipliera les formes à l’infini, on n’accordera qu’une protection ruineuse aux citoyens; et le remède deviendra pire que le mal.’

132. HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (Kelderluik).

133. Vgl. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (Dexia).

134. Langemeijer was o.m. advocaat, procureur-generaal bij de Hoge Raad en Regeringscommissaris voor het nieuwe BW, maar ook hoogleraar encyclopedie te Leiden (1947-1957) en later deeltijd docent aan de UvA. Zie over Langemeijer het biografisch overzicht op www.parlement.com.

135. Langemeijer 1976, p. 8 e.v. De 5e druk dateert van 1985; nadien is het boekje nog bewerkt door E.J.H. Schrage: Langemeijer/Schrage 1994.

136. Vgl. Langemeijer 1985, p. 115 e.v. Welvaartseconomen zouden zeggen dat recht vooral moet bijdragen aan welvaartsvergroting; vgl. Friedman 2000, p. 21 e.v.; Kaplow & Shavell 2002, p. 16 e.v.

137. Langemeijer/Schrage 1994, p. 12 e.v. Langemeijer ziet met name voor het publiekrecht een belangrijker rol weggelegd bij het herverdelen van welvaart dan voor het privaatrecht.

6. Na overlijden gaan rechten en plichten over op een al dan niet aangewezen erfgenaam; sommigen kunnen niet onterfd worden.
7. Normale en meerderjarige mensen zijn ten volle verantwoordelijk voor hun handelen.
8. De toerekenbare schijn van rechtstoestand kan gelden boven de werkelijke toestand.
9. Het gehele vermogen staat in voor de nakoming van verbintenissen.
10. Gelijkheid voor de wet van allen op wie het burgerlijk recht van toepassing is.

Men ziet hier – hoewel Langemeijer het verband zelf impliciet laat – de klassieke uitgangspunten van de economische theorievorming terug waar we eerder kennis mee maakten: eigendom en de handhaving daarvan, wilsbekwaamheid, individuele verantwoordelijkheid en min of meer ook het individueel rationalisme. De theoretische inkadering van een aantal van deze beginselen die bij Langemeijer niet wordt uitgewerkt,¹³⁸ is m.i. voor een deel te vinden in de *faciliterende* rol voor economische uitruil (beginselen 1, 2, 3, 7), het voeden van vertrouwen, en de noodzaak van voorspelbaarheid en zekerheid (beginselen 8, 9, 10). De *geleidende* rol komt minder goed uit de verf bij Langemeijer. Waar vinden we dan wel opvattingen over die rol? Ik zie twee perspectieven, die ik hierna uitwerk: de klassieke indeling in distributieve, retributieve en commutatieve rechtvaardigheid enerzijds en het verband met ideologie anderzijds.

5.2 Herverdeling door sociale doelen

Het onderscheid tussen verdelende en vergeldende rechtvaardigheid hoort thuis in de driedeling tussen distributieve, retributieve (vergeldende of vereffende) en commutatieve (uitwisselings)rechtvaardigheid.¹³⁹ De *distributieve* rechtvaardigheid legt de vraag voor of het vermogensrecht in dienst moet worden gesteld van een rechtvaardige verdeling van goederen, lusten en lasten, kansen, en zo ja, welke vorm van verdeling rechtvaardig is (gelijk, ongelijk, naar behoefte, naar verdienste?).¹⁴⁰

Een voorbeeld: als het goederenrecht zou bepalen dat de eigendom van een woning die langer dan één jaar leegstaat, door inbezitneming door krakers verkregen kan worden, dan zou die regel in dienst kunnen staan van de verdeling van eigendom naar behoefte.

De *retributieve* rechtvaardigheid legt de vraag voor of het vermogensrecht in dienst moet worden gesteld van *vereffening* of zelfs *vergelding* voor aangedaan onrecht, en zo ja, of dat dan moet door te bestraffen, belonen en herstellen ten aanzien van gepleegd onrecht en of het verzoenend of juist punitief moet zijn.

138. Kritiek op het ontbreken van een theoretisch kader zien we verwoord bij Van den Berg 2000, p. 475 e.v.

139. De driedeling gaat terug op Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, V.IV.3-6 en Thomas van Aquino, *Summa Theologiae* (1265), II-II, vraag 61. Vgl. Swaenepoel 2011, p. 100 e.v.; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 16 e.v.

140. Vgl. Terpstra 2012, p. 68 e.v.

Een voorbeeld: als het aansprakelijkheidsrecht zou bepalen dat de deelnemer aan een verboden kartel de schade van de benadeelden moet vergoeden maal drie ('triple damages') om zo te straffen voor karteldeelname, dan zou het aansprakelijkheidsrecht (mede) bestraffing als doel hebben. Als de schadevergoeding 'slechts' de schade wegneemt van de benadeelde, dan is sprake van een vereffende remedie.

De *commutatieve* rechtvaardigheid ('uitwisselingsrechtvaardigheid') ten slotte stelt de vraag of het vermogensrecht in dienst moet worden gesteld van een rechtvaardige ruilverhouding bij een transactie. En zo ja, wat maakt een ruil dan rechtvaardig en hoe kan het vermogensrecht dat bewerkstelligen?

Een voorbeeld: in 2015 werd door de Duitse wetgever het recht op minimumloon ingevoerd. Vóór 2015 is de Duitse rechter meermalen de vraag voorgelegd of arbeidsovereenkomsten met een extreem laag uurloon in zoverre nietig waren wegens strijd met de goede zeden (vgl. art. 3:40 lid 1 BW). Een aantal rechters oordeelde inderdaad dat de loonclausule in bepaalde overeenkomsten te lage beloning voor de arbeidsprestatie inhielden,¹⁴¹ bijvoorbeeld als de beloning minder dan twee derde bedroeg van het gemiddelde loon voor vergelijkbare posities elders ('woekerloon').¹⁴² Het gevolg van deze nietigheid was dat het loonbeding geacht werd niet onderdeel uit te maken van de overeenkomst zodat de rechter vrij was om met (in mijn terminologie) de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid een 'gemiddelde beloning' in het contract 'toe te voegen'.¹⁴³ In die zin is commutatieve rechtvaardigheid ook 'herverdeling' door correctie van uitkomsten die de markt zou hebben opgeleverd.

Als sociale doelen worden nagestreefd, toont het recht medemenselijkheid, solidariteit en stelt het grenzen aan de aantasting van de menselijke waardigheid. Dat gebeurt vaak op andere gronden dan bij welvaartsmaximalisatie. Als de wet bijvoorbeeld bepaalt dat een vervoeraanbieder het vervoermiddel geschikt maakt voor toegang door gehandicapten,¹⁴⁴ dan is het doel voorkoming van sociale uitsluiting van deze groep burgers (zonder daarvoor kosten in rekening te brengen aan deze groep). Het effect is de introductie van een wettelijke verplichting die tot kostprijsverhoging leidt die — afgezien van subsidies en dergelijke — door alle afnemers zal moeten worden opgebracht. De baten van die kostprijsverhoging zijn gelegen in het borgen van gelijkwaardigheid, medemenselijkheid en het faciliteren van 'empowerment' voor eenieder om een goed en productief leven te hebben. Dat kan men met recht *welzijn* noemen, ook als het in kille productiviteitscijfers uitgedrukt meer kost dan oplevert voor de maatschappij. Maar het kost wel geld, en dat geld wordt opgebracht door *alle* afnemers van de vervoerdienst.

141. Zie bijv. Sozialgericht Frankfurt am Main 13 juni 2014, nr. S 32 AS 620/14 ER; vgl. Landesarbeitsgericht Düsseldorf 19 augustus 2014, nr. 8 Sa 764/13.

142. Bundesarbeitsgericht 22 september 2009, nr. 5 AZR 436/08.

143. Vgl. Arbeitsgericht Eberswalde 10 september 2013, nr. 2 Ca 428/13.

144. Het recht van gehandicapten op gelijke kansen en toegang tot diensten is o.m. verankerd in het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (New York 2006). Vgl. ook Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

Een ander voorbeeld: als we met enige mate van zekerheid weten dat versoepeling van het ontslagrecht weliswaar vervelend is voor de individuele werknemer die het treft, maar die versoepeling tegelijk bijdraagt aan economische groei die banen genereert, levert de continuering van rigide ontslagbescherming dan een optimale bijdrage aan welvaart? Mogelijk niet, en toch kan er binnen een democratie voor worden gekozen om dat pad te kiezen, wetende dat dit besluit tot een 'kleinere taart' kan leiden.

Ideeen over hoe een rechtvaardige maatschappij eruitziet, sporen dus niet per definitie met het idee van welvaartsvermeerdering, of doen minst genomen de vraag rijzen wat we daaronder verstaan. Als we erkennen dat ingrepen in markten niet alleen gerechtvaardigd hoeven te worden door 'marktfalen' maar ook door sociale doelen kunnen worden gerechtvaardigd, dan volgt een nadere opdracht. Die sociale doelen vooronderstellen namelijk een beoordelingsmaatstaf. Als we uitspraken willen doen over of een materieelrechtelijke regel of een stelsel van geleiding 'goed' of 'slecht' is, hebben we dus een beoordelingsmaatstaf nodig. Dat geldt voor alle geleidende regels die in deze categorie valt, en dus ook voor bepaalde vermogensrechtelijke regels. Ik denk dat we de beoordelingsmaatstaf bijvoorbeeld kunnen vinden in een ideologisch raamwerk zoals een politieke ideologie of een filosofische theorievorming over rechtvaardige samenleving.

Vanaf de negentiende-eeuwse industrialisatie tot grofweg de jaren zeventig van de twintigste eeuw is de verheffing van de arbeider, de huurder en de consument de motor achter de 'socialisering' van het privaatrecht geweest. In een vrijemarkteconomie betekenden eigendom en contractvrijheid voor grote groepen vooral uitzichtloze armoede, onvrijheid en uitbuiting.¹⁴⁵ Eigendomsbescherming en contractvrijheid bleken er vooral voor de bezittende klasse te zijn.¹⁴⁶ Net als in andere landen om ons heen,¹⁴⁷ stonden er pleitbezorgers voor een 'sociaal privaatrecht' op.¹⁴⁸ De oplossingen die de opkomst van de welvaartsstaat voor sociale kwesties wist te realiseren, drongen ook door in privaatrechtelijke verhoudingen. In de Nederlandse maatschappij die aldus in de twintigste eeuw is ontstaan, wordt zodoende met ge-

145. Vgl. Diepenhorst 1958, p. 179 e.v.

146. Weber 1922, p. 433-434.

147. Bijv. Gierke 1889, p. 45 ('Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein'). Andere auteurs die zich in het debat mengden, worden besproken door Repgen 2001a, p. 509 e.v. Gierke betoogde bijv. dat het BGB wel 'een druppeltje socialistische olie' kon gebruiken. Alle bevoegdheden van individuen, zo betoogde hij, vonden hun beperking in het gemeenschapsrecht en mochten dus alleen op goede gronden worden uitgeoefend tegenover anderen. Hij gebruikte de term 'Genossenschaftsrecht' om allerlei corporatistische figuren, van verenigingen tot beroepsgenootschappen, familieverband en kerkelijk verband, bijeen te brengen onder één noemer. Het idee werd in ons land met graagte opgepikt door antirevolutionaire auteurs als Dooyeweerd om het 'soeverein in eigen kring'-credo van Abraham Kuypers nader te funderen. Vgl. Dooyeweerd 1949, p. 227. De lijn naar het pleidooi voor een eigen rechtsgebied van 'maatschappelijk organisatierecht' (Balkenende 1992, p. 300) is eenvoudig te trekken.

148. Pleitbezorger van de 'vermaatschappelijking' van het liberale vermogensrecht waren met name Valkhoff en Sinzheimer (beiden niet toevallig politiek actief in de sociaaldemocratische beweging); zie Valkhoff 1928, p. 92 e.v.; Valkhoff 1938, p. 1 e.v.; Valkhoff 1949, p. 195 e.v.; Sinzheimer 1935, p. 76 e.v. Zie ook het betrekkelijk neutrale perspectief bij Anema 1904, p. 28 e.v. (dat overigens vanaf p. 33 uitmondt in een weinig scherp 'christelijk pleidooi'). Vgl. Vachelder 1992, p. 145-146; Croes & Leeuw 2012, p. 14. In het interbellum was de 'ideeënstrijd' tussen kapitalisme en communisme een thema dat onder juristen ook speelde; zie bijv. Diepenhorst 1933, p. 41 e.v. Daarnaast werd in de crisisjaren het begrip 'iustum pretium', dat zo rond 1800 verdwenen was uit ons recht, weer van stal gehaald. Zie bijv. Kamphuisen, WPNR 1933, p. 273 e.v. en 281 e.v.; De Beneditty, WPNR 1936, p. 17 e.v. en 33 e.v.; Van Nispen tot Sevenaer, *Themis* 1937, p. 1 e.v.

leiding ‘aan de knoppen gedraaid’, onder meer om te beschermen tegen de ergste sociaaleconomische ‘uitwassen’ van eigendomsbescherming en contractvrijheid. Gedacht kan worden aan bepaalde goederen die in normale marktwerking zonder ingrijpen onbetaalbaar zijn voor bepaalde personen; als de wetgever het belangrijk vindt dat het schaarse goed proportioneel wordt verdeeld in plaats van aan de hoogste bieder toevalt, dan kan een ingrijpende geleiding van de betreffende markt nodig zijn. We zien dit bij de voorschriften die aanbod, prijs en dienstverleningscontinuïteit betreffen met betrekking tot gezondheidszorg, huurwoningen of essentiële nutsvoorzieningen. Dit soort geleidende regulering heeft sociale doelen: de overheid wil iedere burger ten minste ‘bed, bad en brood’ bezorgen en als de markt dat niet realiseert, kan regulering eraan bijdragen dat essentiële goederen min of meer bereikbaar worden of blijven.

Onze Grondwet maakt tot op zekere hoogte deze sociale doelen tot zorg van de overheid, zoals de bevordering van werkgelegenheid, bestaanszekerheid, spreiding van welvaart, sociale zekerheid, bijstand, voldoende woongelegenheden en onderwijs.¹⁴⁹ De Europese Unie is een voorbeeld van een federatie waarin het economisch beleid, naast het klassieke doel van het nastreven van een interne markt op de pijlers van de vier vrijheden, inmiddels een combinatie vormt van beleid dat gericht is op het tegengaan van klassiek marktfalen en op het stimuleren van ‘sociale doelen’. Het economische beleid van de Europese Unie houdt het midden tussen klassieke welvaarts-economie en een sociale markteconomie.¹⁵⁰

Dat overheidsbeleid leidt vrijwel altijd tot herverdeling van welvaart.¹⁵¹ Ingrepen in markten omwille van die sociale doelen worden niet gerechtvaardigd door marktfalen in de klassieke zin. Ze liggen besloten in meer ideologisch getinte, normatieve overwegingen zoals rechtvaardige verdeling van welvaart, solidariteit tussen arm en rijk, kansrijk en kansarm.

5.3 Herverdeling hoort wel/niet bij privaatrecht

Het is niet algemeen aanvaard dat privaatrecht als instrument voor verwezenlijking van deze ‘sociale doelen’ kan worden gezien. Veel civilisten volgen kennelijk blindelings Ulpianus, die het privaatrecht aanwees als het domein van private belangen en het publiekrecht als dat van algemene belangen.¹⁵² Wil men welvaart in een maatschappij herverdelen en dus verdelende rechtvaardigheid dienen, dan zal men – zo wordt wel gezegd – publiekrecht moeten inzetten. In het privaatrecht gelden immers de regels van de markt en het privaatrecht beschermt alleen dat wat men al heeft tegen inbreuken van buiten of dat wat men toegezegd heeft gekregen tegen niet-nakoming (vergeldende rechtvaardigheid). Deze groep auteurs neemt dus aan dat herverdeling, en dus verdelende rechtvaardigheid, niet tot het

149. Zie art. 19-23 Grondwet.

150. Zie art. 3 lid 3 VWEU.

151. Oguş 1994, p. 4, p. 46 e.v. spreekt van ‘social regulation’ tegenover ‘economic regulation’. Veljanovski 2010, p. 23 spreekt van ‘distributive goals’.

152. *Digesten* 1.1.1.2.

domein van het privaatrecht gerekend kan worden.¹⁵³ Deze auteurs menen dat sociale doelen het beste nagestreefd kunnen worden – *als* ze al moeten worden nagestreefd – door publiekrechtelijke instrumenten zoals belastingen, subsidies en sociale uitkeringen.¹⁵⁴ Het gaat dan bijvoorbeeld om herverdeling van welvaart uit solidariteitsoverwegingen. Het gebruik van publiekrechtelijke instrumenten zou de voorkeur hebben omdat het effectiever en goedkoper zou zijn dan het gebruik van bijvoorbeeld dwingend vermogensrecht.

Er is ook een groep auteurs die stelt dat verdeling wel tot de taken van het privaatrecht behoort, maar het is lang niet altijd duidelijk of ze onderkennen wat ze daar precies mee zeggen.¹⁵⁵ In elk geval zijn er ook auteurs die van oordeel zijn dat *in werkelijkheid* sociale doelen ook op andere wijze dan door middel van belastingen, subsidies en uitkeringen worden nagestreefd, zoals via het privaatrecht.¹⁵⁶ Ik behoor tot die groep. Dwingend vermogensrecht heeft in een aantal gevallen een zekere vorm van herverdeling als *doel*, en zelfs wanneer het niet het doel is, kan herverdeling toch een van de *gevolgen* zijn.¹⁵⁷ In markten waar bijvoorbeeld dwingende minimum- en maximumprijzen gelden (denk aan het minimumloon en de maximumhuurprijs), is tot op zekere hoogte sprake van herverdeling.¹⁵⁸ Ook regels van ‘private barmhartigheid’ kunnen tot herverdeling leiden.¹⁵⁹ Een wettelijke regeling die stelt dat het energiemaatschappijen niet is toegestaan om wanbetalende consumenten af te sluiten in de wintermaanden,¹⁶⁰ heeft herverdeling ten doel. Het doel van deze doorleveringsplicht is de bescherming van sociaaleconomische zwakkeren tegen, kort gezegd, doodvriezen. Dat geschiedt door directe contractdwang en die leidt indirect tot herverdeling: de verplichting tot doorlevering leidt vermoedelijk tot oninbare facturen en de andere klanten of aandeelhouders vangen die kosten noodzakelijkerwijs op.

153. Zo in essentie Brunner 1973, p. 5 e.v.; Hartlief 1999; Hartlief, WPNR 2004, p. 107, p. 117; Dijkshoorn, *NJB* 2012, p. 3020 e.v.; Smits, *TPR* 2015, p. 531-532. Vgl. Nieuwenhuis 2006, p. 75.

154. Vgl. daarover Dunne 2015, p. 174.

155. Van Oven 1956, p. 22, stelt nog ‘hoe meer de welstand gelijkelijk over allen zal worden verdeeld, des te gelijkmatiger zal het privaatrecht voor allen zijn gelding doen gevoelen’, maar ik weet niet of dit als een pleidooi voor herverdeling *via* het vermogensrecht kan worden opgevat. Op het eerste gezicht lijkt Scholten, in: Asser/Scholten 2-1 1940, p. 1 ook te suggereren dat privaatrecht aan de verdelende rechtvaardigheid dienstbaar is (‘Privaatrecht is toebedeeling’), maar dat is waarschijnlijk niet wat hij bedoelt. Schoordijk, *NJB* 1992, p. 1202 spreekt nog over privaatrecht als systeem van toedeling van schaarste, maar ook dat lijkt me wat optimistisch; het deelt niet goederen toe als een soort leviathan maar maakt verkrijging door vrijwillige transacties mogelijk. Vgl. voorts Booms 2019, p. 3-4, die m.i. ook ten onrechte suggereert dat het privaatrecht *toedeelt* door het gebruik van juridische begrippen.

156. Bijv. Van den Berg 2000, p. 328 e.v., die verdelende rechtvaardigheid juist als kern van het vermogensrecht ziet (kort gezegd omdat er in vermogensrechtelijke beslissingen altijd (geld) wordt verdeeld). Vgl. ook de tussenposities ingenomen door bijv. Van Boom 2002, p. 88 e.v.; Loth 2009, p. 65 e.v.; Biemans & Castermans 2017, p. 18-22; Smits 2017, p. 116; Loth 2018, p. 166 e.v. Zie over deze discussie bijv. ook Pitlo 1969, p. 36 e.v.; Langemeijer/Schrage 1994, p. 10-11; De Jongste & Van Boom, *NTBR* 2014, p. 37 e.v.; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 16 e.v.

157. Vgl. Sefton 2008, p. 607, die stelt dat steeds als de wetgever een bepaald doel nastreeft met beleid dat in geleidende wetten neerslaat, er winnaars en verliezers zijn. En dus hebben die wetten, ook als het misschien niet beoogd is, herverdelend effect.

158. Nader Ogus 1994, p. 295 e.v.

159. Vgl. Biemans & Castermans 2017, p. 130, die het zien als een ‘bepaalde variant’ van verdelende rechtvaardigheid: ‘het burgerlijk recht kan niet bewerkstelligen dat iedereen genoeg heeft (...) maar er wel aan bijdragen dat wordt voorkomen dat mensen onder het bestaansminimum geraken’.

160. Vgl. art. 37b Fw.

De bestaande dwingendrechtelijke bescherming van bijvoorbeeld huurders en werknemers geven een sociale minimumgarantie tegen bijvoorbeeld de bevoegdheid tot ongemotiveerde opzegging van het contract door de economisch machtigere partij. Als er contractvrijheid zou bestaan verhuurder en huurder of werkgever en werknemer, zou die opzeggingsbevoegdheid ongetwijfeld in het contract komen te staan. Dwingend recht beschermt de huurder en werknemer dus enigszins in een fundamenteel recht om niet zomaar op straat te belanden. En hetzelfde geldt voor het minimumloon en de maximumhuurprijs: die zijn er om bestaansminimum en een dak boven het hoofd mogelijk te maken. Dat zijn doelen die zonder geleiding niet door vrije marktwerking bereikt zouden worden: het werk gaat dan naar de persoon die het laagste loon vraagt en de woning naar de persoon die de hoogste huur wil betalen. De bescherming die huurder en werknemer krijgen, redresseert niet een marktfalen maar beschermt juist tegen economische wetmatigheden en 'herverdeelt' aldus de uitkomsten ervan.

Denk ook aan het verbod op ongelijke behandeling op grond van geslacht of invaliditeit: als mannen en vrouwen dezelfde premie betalen voor een private pensioenverzekering, terwijl vrouwen gemiddeld langer van het pensioen genieten dan mannen, dan is er sprake van gelijke behandeling van economisch gezien ongelijke gevallen. Dat is 'herverdeling' op grond van sociale overwegingen, net als wanneer een dienstverlener voorzieningen moet treffen om rolstoelgebruikers toegang te verlenen tot de dienst tegen dezelfde prijs als niet-rolstoelgebruikers. De bijkomende kosten zullen in de kostprijs worden verdisconteerd en dus worden 'uitgesmeerd' over alle gebruikers. Dat is ook herverdeling.

5.4 De trein met onbereikbare bestemming

Burgerlijk recht is als een trein met als onbereikbare bestemming *de volmaakte samenleving*, schrijft Nieuwenhuis.¹⁶¹ Hoe onbereikbaar ook, we moeten wel een bestemming hebben om te beoordelen of bestemming, route en vervoermiddel de juiste zijn. In de ogen van Jacob Hans Nieuwenhuis (1944-2015) was die bestemming een samenleving waarin welzijn, rechtvaardigheid en menselijke waardigheid ten doel werden gesteld,¹⁶² maar ook waarin burgers hun eigen verantwoordelijkheid serieus nemen.¹⁶³ Ik denk dat we het werk van Nieuwenhuis daarom kunnen positioneren binnen een liberale rechtvaardigheidsopvatting. Het begrip 'liberalisme' verdient iets meer uitleg. Bij *liberalisme* dient het recht als overheidsinstrument in de eerste plaats ertoe om orde te bewaren, de oorlog van allen tegen allen te voorkomen, om persoonlijke vrijheid te waarborgen en om te voorkomen dat burgers elkaar schade toebrengen,¹⁶⁴ zodat individuen de volledige en exclusieve macht

161. Nieuwenhuis 2006, p. 17.

162. Nieuwenhuis 2006, p. 7.

163. Vgl. ook Smits 2017, p. 1-2 die het faciliteren van autonomie vooropstelt als doel van het privaatrecht en daarbij als tegenwicht de fundamentele rechten en gemeenschapsbelangen benoemt.

164. Deze verschillende politieke filosofieën zijn terug te voeren op bijv. resp. Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) en John Stuart Mill (1806-1873). In de opvatting van Karl Heinrich Marx (1818-1883) is het recht deel van de 'bovenbouw' die wordt bepaald door de verdeling van productiemiddelen (de 'onderbouw') en wordt dus al het recht ingezet om de dominante belangen van de heersende klasse te dienen (daarover bijv. Van Eikema Hommes 1972, p. 437 e.v.; Luijpen 1975, p. 96 e.v.; Huls 2015, p. 85 e.v.). Dat is in naam echter een positieve analyse (afgezien van de vraag of de analyse juist is) en niet een normatieve analyse; de normatieve analyse van Marx en

over eigen lichaam, geest en lotsbestemming kunnen uitoefenen.¹⁶⁵ Bij deze stroming zijn gelijkberechtiging, kansenvrijheid, individuele autonomie en verantwoordelijkheid kernwaarden.¹⁶⁶ Van de vele varianten van liberale filosofie noem ik hier specifiek de Amerikaan John Rawls (1921-2002), omdat hij niet alleen het belang van individuele vrijheid om levenskeuzes te maken benadrukt, maar ook neigt naar het standpunt dat sociale en economische verschillen zoals ongelijke verdeling van welvaart en macht, alleen rechtvaardig zijn als zij baten genereren voor iedereen en in het bijzonder voor de minstbedeelden in een maatschappij ('difference principle').¹⁶⁷ Dergelijke middenposities komen uiteraard meer voor. De econoom John Maynard Keynes (1883-1946) meende bijvoorbeeld dat dé politieke uitdaging van de mensheid was om drie fundamentele waarden met elkaar in evenwicht te brengen: economische efficiëntie, sociale rechtvaardigheid en individuele vrijheid.¹⁶⁸

De tegenpool van liberalisme vinden we in de stromingen die onder de noemer *sociaaldemocratie* worden gebracht, omdat daarbij steevast kansgelijkheid, sociale rechtvaardigheid en solidariteit de kaders voor rechtvaardigheid vormen.¹⁶⁹ Het 'mensmodel' van de rationele keuze passen goed in een liberaal wereldbeeld met autonomie en methodologisch individualisme als leidend motief; wellicht past dit mensmodel minder goed in een wereldbeeld dat de mens als sociale actor en groepsdeelnemer centraal stelt. Bescherming van de zwakkere, zo nodig door paternalisme en gedwongen solidariteit, past juist beter bij die laatste stroming.

Een derde ankerpunt, naast liberale en sociale uitgangspunten, is te vinden in de overwegend *conservatieve* traditie. Daarin zien we een aantal waarden benadrukt zoals verantwoordelijkheid, rentmeesterschap (dat wil zeggen dat de goederen en talenten die aan de mens zijn toevertrouwd, moeten worden aangewend om zich te ontplooiën; eigendom is een middel tot beleving van persoonlijke verantwoordelijkheid¹⁷⁰), solidariteit en mededogen.

Kwalificaties als 'liberaal', 'christelijk', 'conservatief', 'sociaal' (en alles wat daartussen zit) brengen ons bij het belang van *ideologie* voor het bepalen van de 'bestemming van de trein'. Ideologie, een concept dat bijvoorbeeld in de politicologie wordt gehanteerd, is het coherente geheel van idealen en ideeën binnen een intellectuele of politieke stroming dat uitdrukking geeft aan de maatschappij waarnaar gestreefd wordt.¹⁷¹ Omdat ideologie de idealen centraal stelt en dus de 'bestemming van de trein', maakt het ook een normatieve evaluatie van de bestaande maatschappij

Friedrich Engels (1820-1895) mondde uit in het *Communistisch Manifest* (1848) dat tot een proletarische revolutie opriep.

165. Dit is in de kern het liberalisme van John Stuart Mill (1806-1873).

166. Zie over de verschillende varianten van liberalisme bijv. Kymlicka 2002, p. 53 e.v. en 102 e.v.; Terpstra 2012, p. 170 e.v.; Fawcett 2014, p. 286 e.v. Let wel: wat wij in het Nederlands 'liberale politiek' plegen te noemen, wordt in Amerikaanse spraakgebruik vaker *libertarian* genoemd (hoewel dat een bepaalde 'rechtse' vorm van liberalisme is waarbij geen overheidstaak tot herverdeling wordt aangenomen, terwijl er ook 'linkere' vormen bestaan). In de Verenigde Staten zijn *liberals* vaker socialisten of algemener 'linksen'. Zie bijv. Haidt 2012, p. 211 e.v.

167. Rawls 1971, p. 75 e.v.; vgl. Luijpen 1975, p. 260-261; Terpstra 2012, p. 449 e.v.

168. Keynes 1931, p. 344.

169. Zie de ontwikkelingslijn bij Festenstein & Kenny 2005, p. 175 e.v. Ik heb voor het gemak de nuance tussen 'socialisme' en 'sociaaldemocratisch' gedachtegoed weggelaten; 'socialisme' zonder democratie is, om met Hayek te spreken (Hayek 1944), de weg naar slavernij (en erger).

170. Hierover bijv. Van Zutem 1973, p. 55-56; Wilterdink 2015, p. 321.

171. Vgl. Newton & Van Deth 2010, p. 291 e.v.; Deschouwer & Hooghe 2011, p. 69 e.v.; Woerdman 2009, p. 159 e.v.; Festenstein & Kenny 2005; Van Boom & Lindenbergh 2013, p. 18 e.v.

mogelijk.¹⁷² Het maakt het in zekere zin ook mogelijk om auteurs tot op zekere hoogte te legitimeren ('waar staat u?'). Intussen moeten we niet denken dat we met verwijzing naar politieke ideologie alle privatisten een label kunnen opplakken. Hoe we in het stemhokje handelen, wordt vermoedelijk door meer bepaald dan onze visie op de ideale marktsamenleving. Dat zien we nota bene bij Langemeijer. Die stak niet onder stoelen of banken dat zijn hart politiek gezien bij de PvdA lag, maar in zijn vermogensrechtelijke werk is daar weinig van te zien. Hijzelf verklaarde zichzelf als volgt: 'Met mijn sympathie sta ik dichterbij extreemlinks, met mijn praktische wensen echter dichterbij gematigd rechts.'¹⁷³

172. Daarover inleidend bijv. Terpstra 2012, p. 64 e.v.

173. Ontleend aan J. R Emmelink, 'Levensbericht G.E. Langemeijer', in: *KNAW Jaarboek*, 1991, p. 152.

Hoofdstuk 6

Enerzijds, anderzijds

Privaatrecht in de Nederlandse welvaartsstaat faciliteert markttuitwisseling en waar nodig, geleidt het die uitwisseling. Het antwoord op de normatieve vraag hoe dat proces van faciliteren en geleiden vorm moet krijgen, werd in dit preadvies onderzocht aan de hand van een aantal onderzoekslijnen. Allereerst werd een aantal ‘heipalen’ geslagen. Zo werd in hoofdstuk 2 allereerst het belang van het begrip ‘eigendom’ en de ratio van verhandelbaarheid, kenbaarheid, voorspelbaarheid en stabiliteit besproken. Daarna werd in hoofdstuk 3 aan het methodologisch individualisme en de rationele keuzetheorie als mensmodel een centrale plaats toegekend wat betreft het faciliteren en geleiden van markttuitwisseling, om er vervolgens allerlei nuanceringen en complicaties bij aan te tekenen. Ook werd duidelijk dat zelfs in stabiele markten spanning bestaat tussen autonomie en paternalisme. Die spanning vraagt om *legitimatie* (‘waar staat u?’) en *legitimiteit* (‘wat rechtvaardigt dat de markt is ingericht zoals die is ingericht?’). Vervolgens werd op die ‘heipalen’ een fundament gelegd. Zo werd in hoofdstuk 4 nader geduid wat ‘faciliteren’ en ‘geleiden’ betekent en wat het invoeren van faciliterende en geleidende regels in privaatrecht en publiekrecht rechtvaardigt. Daar kwamen de klassieke gevallen van marktfalen aan de orde, maar ook sociale doelen zoals voorkoming van sociale uitsluiting en het bereikbaar houden van essentiële schaarse goederen voor onvermogenen.

In hoofdstuk 5 stapten we op ‘de trein met onbereikbare bestemming’ van de volmaakte samenleving. Daar bleek dat vermogensrechtelijke rechtvaardigheid vaak in de sleutel van ‘faciliteren’ wordt gezet, maar dat ook sociale doelen en daarmee herverdeling van welvaart soms via het privaatrecht worden gediend. De ‘onbereikbare bestemming’ is daarmee voor mij wel iets concreter geworden, namelijk die van de ideale marktsamenleving. Daarin gelden in elk geval de uitgangspunten dat eigendom stabiel en voorspelbaar wordt beschermd en tegen zo laag mogelijke kosten verhandelbaar is, en dat er in de markt die hierop ontstaat voldoende vragers en aanbieders zijn die onafhankelijk van elkaar opereren en eenvoudig kunnen toetreden of uittreden, die een goede informatiepositie hebben en een reële mogelijkheid hebben om op grond van hun kennis van de markt te handelen.¹⁷⁴ Maar er is meer, want in die samenleving zijn er ook minimumnormen en -garanties voor menselijke waardigheid en solidariteit.

Het invoeren van faciliterende en geleidende marktregels wordt in veel gevallen gerechtvaardigd door de noodzaak om specifieke gebreken in de markt op een van de genoemde kernpunten te verhelpen. In de klassieke opvatting worden vier rechtvaardigingsgronden genoemd. We kwamen ze in hoofdstuk 2 en 3 tegen: het tegengaan van een informatietekort en het reduceren van overmatige transactiekosten, het wegnemen van de negatieve gevolgen van ontbreken van voldoende

174. Bijv. Van den Bergh 1997, p. 17 e.v.

mededinging¹⁷⁵ en het minimaliseren van negatieve externaliteiten.¹⁷⁶ Deze vier gronden zijn echter te beperkt. Zo hoort er in ieder geval ook bij – dat zagen we in hoofdstuk 4 en 5 – het nastreven van sociale doelen zoals voorkoming van sociale uitsluiting en het bereikbaar houden van essentiële schaarse goederen voor onvermogenen.

Als ik de normatieve grondslagen van het privaatrecht dus op *descriptieve wijze* zou moeten samenvatten, zou ik op een voorzichtig ‘enerzijds’ en ‘anderzijds’ uitkomen.¹⁷⁷ Misschien past dat ook wel goed bij een Hollands polderprivaatrecht in een relatief egalitaire marktsamenleving.¹⁷⁸ Ik sluit daarom af met driemaal een ‘enerzijds’ en ‘anderzijds’.

Enerzijds: eigendom wordt beschermd. Het is een stabiel en voorspelbaar afgebakende exclusieve rechtspositie die legitimeert om te gebruiken, te genieten, vrucht te trekken, te vernietigen naar willekeur, maar vooral ook om er de lusten en lasten van de marktwaarde van te genieten. Anderzijds: kijken we verder dan de tekst van het BW, dan zien we dat eigendom zozeer is ingekapseld ten gunste van de gemeenschap dat we gerust kunnen spreken van een concept van sociale eigendom. Het wordt in crisistijden zo nodig onteigend en herverdeeld en het wordt in stabiele tijden gereguleerd en zo nodig achtergesteld aan het algemeen belang.

Enerzijds: objecten met vermogenswaarde moeten zo veel als mogelijk verhandelbaar zijn in een stabiele markt, zodat door handel welvaartsvergroting wordt gefaciliteerd. Anderzijds: het recht probeert te beschermen tegen persoonlijke uitverkoop en aantasting van menselijke waardigheid en overmatige schuldenlast.

Enerzijds: de wilsbekwame mens draagt verantwoordelijkheid voor de beslissingen die hij neemt en de (markt)handelingen die hij verricht. Anderzijds: men mag niemand bedriegen, op onzorgvuldige wijze op het verkeerde been zetten, of misbruik maken van de omstandigheden waar de ander in verkeert. Daarnaast is er een delicate balans tussen eigen verantwoordelijkheid voor eigen handelen en de verplichting voor anderen om te informeren, te waarschuwen, bij te sturen.

175. Ik denk dat men hieronder ook kan scharen het voorkomen van vals spel en het stimuleren van eerlijke mededinging.

176. Over deze rechtvaardigingsgronden bijv. Ogus 1994, p. 15 e.v.; Van Bijnen 2007, p. 54 e.v.; Veljanovski 2010, p. 20 e.v.

177. Ik durf daar in deze noot nog een enerzijds/anderzijds aan toe te voegen, die ik elders hoop uit te werken. *Enerzijds*: de remedies die het privaatrecht biedt, moeten evenredig en doeltreffend zijn. *Anderzijds*: ons privaatrecht heeft zelden of nooit tot doel om te straffen; het is juist heel erg ingesteld op het niet op de spits drijven van conflicten en op het zoeken van verzoening. Zowel het materiële privaatrecht als het procesrecht is daarop gericht. Let wel: dit is mijn inschatting van het recht zoals het is, niet zoals het moet zijn.

178. Vgl. Aerts e.a. 2013, p. 72, die poldercultuur in verband brengen met de neiging tot middelmatigheid: sociabiliteit en moraal genoten de voorkeur in ons land boven exclusiviteit en genialiteit. Vgl. over poldercultuur ook Prak & Luiten van Zanden 2013, p. 11 e.v.

Verkort aangehaalde literatuur

Acemoglu, Johnson & Robinson, *American Economic Review* 2001

D. Acemoglu, S. Johnson & J.A. Robinson, 'The Colonial Origins Of Comparative Development: An Empirical Investigation', *American Economic Review* 2001, p. 1369-1401.

Aerts e.a. 2013

R. Aerts, H. de Liagre Böhl, P. de Rooy & H. te Velde, *Land van kleine gebaren. Een politieke geschiedenis van Nederland 1780-2012*, Amsterdam: Boom 2013.

Ambagtsheer 2017

J.A.E. Ambagtsheer, *Organ Trade* (diss. Rotterdam), 2017.

Anema 1904

A. Anema, *De Positie van het Privaatrecht in onzen Tijd* (oratie Amsterdam VU), Wageningen: Nederbragt & Co. 1904.

Anema 1913

A. Anema, *De bronnen van het privaatrecht* (rectoraatsrede Amsterdam VU), Utrecht: G.J.A. Ruys 1913.

Anomaly, *Social Philosophy and Policy* 2017

J. Anomaly, 'Trust, Trade, and Moral Progress: How Market Exchange Promotes Trustworthiness', *Social Philosophy and Policy* 2017, p. 89-107.

Asser/Beekhuis 3-II 1983

J.H. Beekhuis, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Zakenrecht. Deel II. Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983 (11e druk).

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008

F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten & S.E. Bartels, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5*. Zakenrecht. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Rutten 4-II 1982

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

Asser/Scholten 2-I 1940

P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Personenrecht. Deel I. Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940.

Asser/Vranken Algemeen deel* 2005**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel****, Deventer: Kluwer 2005.

Atkinson 2015

A.B. Atkinson, *Inequality. What can be done?*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2015.

Baarsma & Rosenboom 2013

B. Baarsma & N. Rosenboom, *Oneerlijke handelspraktijken. Voldoet bestaande (zelf)regulering?*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2013.

Balkenende 1992

J.P. Balkenende, *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties* (diss. Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1992.

Bar-Gill & Epstein 2007

O. Bar-Gill & R.A. Epstein, *Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics*, NYU Law and Economics Research Paper No. 07-17 (SSRN abstract 982527), 2007.

Van Bavel 2018

B. van Bavel, *De onzichtbare hand. Hoe markteconomieën opkomen en neergaan*, Amsterdam: Prometheus 2018.

Beekhuis 1953

J.H. Beekhuis, 'Contract en contractvrijheid', in: (red.), *Geschriften van J.H. Beekhuis* (1989), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953, p. 177-193.

De Beneditty, WPNR 1936

N. De Beneditty, 'Gelijkwaardige of bedongen contra-prestatie?', *WPNR* 1936, p. 17-20 en 33-35.

Ben-Shahar & Schneider 2014

O. Ben-Shahar & C.E. Schneider, *More than you wanted to know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton: Princeton University Press 2014.

Van den Berg 2000

P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.

Van den Bergh 1997

R. van den Bergh, *Economische analyse van het mededingingsrecht. Een terreinverkenning*, Deventer: Gouda Quint 1997.

Biemans & Castermans 2017

J.W.A. Biemans & A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht* (preadvies VBR), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Bijl e.a. 2013

R. Bijl, J. Boelhouwer, E. Pommer & N. Sonck, *De sociale staat van Nederland*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2013.

Van Bijnen 2007

R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: BJu 2007, p. 47-70.

Böhm 1966

F. Böhm, 'Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft', in: Stefan Grundmann, Hans-W. Micklitz & Moritz Renner (red.), *Privatrechtstheorie I* (2015) (*ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 1966, p. 75-151), Tübingen: Mohr Siebeck 1966, p. 444-471.

Boogaard, *Ars Aequi* 2013

G. Boogaard, 'Ver van het bed of dicht bij huis. Wetgevingsbevelen in het civiele en bestuursprocesrecht', *Ars Aequi* 2013, p. 885-889.

Boogaard & Uzman, *Ars Aequi* 2015

G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd', *Ars Aequi* 2015, p. 61-67.

Van Boom 2002

W.H. van Boom, 'Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid', in: W.H. van Boom & M.H. Wissink (red.), *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2002, p. 73-147.

Van Boom, *NTBR* 2003

W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', *NTBR* 2003, p. 555-564.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: BJu 2003.

Van Boom, TPR 2013

W.H. van Boom, 'Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *TPR* 2013, p. 7-84.

Van Boom 2015

W.H. van Boom, *Door meten tot weten. Over rechtswetenschap als kruispunt* (oratie Leiden), Den Haag: BJu 2015.

Van Boom, NTBR 2015

W.H. van Boom, 'Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek – een bespreking van Asser-Vranken Algemeen Deel****', *NTBR* 2015, p. 122-131.

Van Boom 2016

W.H. van Boom, *Inleiding tot de wetenschappelijke bestudering van het privaatrecht* (versie 2016/2), www.researchgate.net/publication/322129145, 2016.

Van Boom, Giesen & Smit 2012

W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2012.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008.

Van Boom, Giesen & Verheij 2013

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013.

Van Boom & Lindenbergh 2013

W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013.

Van Boom & Lindenbergh 2013a

W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, 'Inleiding, rondleiding en doorgeleiding', in: W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 18-38.

Van Boom & Ogus 2011

W.H. van Boom & A. Ogus, 'Introducing, Defining and Balancing "Autonomy versus Paternalism"', in: Anthony Ogus & Willem H. van Boom (red.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 1-8.

Van Boom, Tuil & Dijkshoorn 2008

W.H. van Boom, M.L. Tuil & W. Dijkshoorn, 'Autonomie en paternalisme: afsluitende observaties', in: W.H. van Boom, M.L. Tuil & W. Dijkshoorn (red.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 251-259.

Booms 2019

T.E. Booms, *Aanvullen van subjectieve rechten* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Bouckaert 2007

B. Bouckaert, 'Eigendomsrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Bju 2007, p. 19-46.

Broekhuizen 2016

K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom juridisch 2016.

Brueggemeier e.a., *European Law Journal* 2004

G. Brueggemeier, M. Bussani, H. Collins, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé, M. Fabre-Magnan, S. Grundmann, M.W. Hesselink, C. Joerges, B. Lurger, U.A. Mattei, M. Meli, J.W. Rutgers, C.M. Schmidt, L.J. Smith, R. Sefton-Green, H. Muir Watt & T. Wilhelmsson, 'Social Justice in European Contract Law: A Manifesto', *European Law Journal* 2004, p. 653-674.

Brunner 1973

C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973.

Burrows, *International Review of Law and Economics* 1995

P. Burrows, 'Analyzing Legal Paternalism', *International Review of Law and Economics* 1995, p. 489-508.

Van Cleeff 1939

E. van Cleeff, *Sociaal-economische Ordening. Een ideologisch-sociologische beschouwing van religieus standpunt*, Arnhem: Van Loghum Slaterus' Uitgeversmaatschappij 1939.

Cliteur & Ellian 2011

P.B. Cliteur & A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap I (Grondslagen)*, Deventer: Kluwer 2011.

Coase, *Journal of Law and Economics* 1960

R.H. Coase, 'The problem of social cost', *Journal of Law and Economics* 1960, p. 1-44.

Collins, *The Review of Politics* 2017

G.M. Collins, 'Edmund Burke on the Question of Commercial Intercourse in the Eighteenth Century', *The Review of Politics* 2017, p. 565-595.

Croes 2007

M.T. Croes, *Naar een bruikbare rechtsorde. Bijdragen uit de sociale wetenschap*, Den Haag: WODC 2007.

Croes & Leeuw 2012

M.T. Croes & F.L. Leeuw, 'De logos van het civiele', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2012, p. 7-31.

Cserne 2012

P. Cserne, *Freedom of contract and paternalism*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2012.

Deschouwer & Hooghe 2011

K. Deschouwer & M. Hooghe, *Politiek. Een inleiding in de politieke wetenschappen*, Den Haag: Boom Lemma 2011.

Diepenhorst 1958

I.A. Diepenhorst, *Christelijke Politiek*, Kampen: J.H. Kok 1958.

Diepenhorst 1933

P.A. Diepenhorst, *De eigendom*, Kampen: J.H. Kok 1933.

Dijkshoorn, NJB 2012

W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012, p. 3020-3024.

Dooyeweerd 1949

H. Dooyeweerd, 'De sociologische verhouding tussen recht en economie en het probleem van het zgn. "economisch recht", Aangeboden Aan Prof. Dr A. Anema En Prof. Dr P.A. Diepenhorst bij hun afscheid van de Vrije Universiteit door Oud-leerlingen, Januari 1949', in: A. Anema, P.A. Diepenhorst & Herman Dooyeweerd (red.), *Opstellen op het gebied van recht, staat en maatschappij*, Amsterdam: S.J.P. Bakker 1949, p. 221-265.

Dunne 2015

N. Dunne, *Competition law and economic regulation: making and managing markets*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

Dworkin 1971

G. Dworkin, 'Paternalism', in: Richard A. Wasserstrom (red.), *Morality and the Law*, Belmont: Wadsworth Publishing Company 1971, p. 107-126.

Dworkin 1983

G. Dworkin, 'Paternalism; Some Second Thoughts', in: Rolf Sartorius (red.), *Paternalism*, Minneapolis: University of Minnesota Press 1983, p. 105-111.

Dworkin 2002

G. Dworkin, 'Paternalism', in: Edward N. Zalta (red.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, p. 1.

Dworkin, Law and Philosophy 2005

G. Dworkin, 'Moral Paternalism', *Law and Philosophy* 2005, p. 305-319.

Van Eikema Hommes 1972

H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1972.

Elffers 2005

H. Elffers, *De rationele regelovertreder* (oratie Antwerpen), Den Haag: BJu 2005.

Van Esveld 1961

N.E.H. van Esveld, 'De vrijheid in het sociaal-economische leven', in: R. Hansma (red.), *Vrijheid en Dwang in het Arbeidsrecht. Verzamelde opstellen van Prof. N.E.H. van Esveld* (1988), Den Haag: Prof. mr. B.M. Teldersstichting 1961, p. 119-160.

Evensky, *Journal of the History of Economic Thought* 2011

J.M. Evensky, 'Adam Smith's Essentials: On Trust, Faith, and Free Markets', *Journal of the History of Economic Thought* 2011, p. 249-267.

Fawcett 2014

E. Fawcett, *Liberalism. The life of an idea*, Princeton: Princeton University Press 2014.

Festenstein & Kenny 2005

M. Festenstein & M. Kenny, *Political Ideologies*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Fisher, *Science* 1907

I. Fisher, 'Why has the doctrine of Laissez-Faire been abandoned?', *Science* 1907, p. 18-27.

Freeman 2014

M. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell 2014.

Friedman 2000

D.D. Friedman, *Law's Order. What Economics has to do with law and why it matters*, Princeton: Princeton University Press 2000.

Gierke 1889

O. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Vortrag Wien)*, Berlin: Julius Springer Verlag 1889.

Giesen 2005

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: BJu 2005.

Gigerenzer & Engel 2006

G. Gigerenzer & C. Engel (red.), *Heuristics and the Law*, Cambridge (Mass.): MIT Press 2006.

Godt, *European Property Law Journal* 2017

C. Godt, 'Regulatory Property Rights': New Insights from Private Property Theory for the Takings Doctrine', *European Property Law Journal* 2017, p. 158-195.

Grosheide 1982

F.W. Grosheide, *Eigendom in de overgang?* (Preadvies Calvinistische Juristen Vereniging), Amsterdam: Calvinistische Juristen Vereniging 1982.

Haan, Hinloopen & Onderstal 2017

M. Haan, J. Hinloopen & S. Onderstal, 'Markten: consumenten gedragen zich net als mensen', in: Robert Dur (red.), *Gedragseconomie en beleid* (Preadviezen Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde), Amsterdam: KVS 2017, p. 61-66.

Haentjens 2014

M. Haentjens, *De autonomie van de alchemist* (oratie Leiden), Den Haag: Bju 2014.

Hage 2011

J. Hage, 'The Method of a Truly Normative Legal Science', in: Mark Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 19-44.

Haidt 2012

J. Haidt, *The righteous mind. Why good people are divided by politics and religion*, London: Penguin 2012.

Hartlief 1999

T. Hartlief, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Hartlief, *WPNR* 2004

T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *WPNR* 2004, p. 106-116.

Haskel & Westlake 2018

J. Haskel & S. Westlake, *Capitalism without Capital. The Rise of the Intangible Economy*, Princeton: Princeton University Press 2018.

Hayek 1944

F.A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Routledge 1944 (herdruk 2001).

Hayek & Bartley 1988

F.A. Hayek & W.W. Bartley, *The Fatal Conceit. The Errors of Socialism*, Chicago: Chicago University Press 1988.

Hellgardt 2016

A. Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht (Hab. München)*, Tübingen: Mohr Siebeck 2016.

Herman 2001

A. Herman, *How the Scots Invented the Modern World*, New York: Three Rivers Press 2001.

Hesselink 2004

M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: Bju 2004.

Hesselink, Salomons & Du Perron 2003

M.W. Hesselink, A.F. Salomons & C.E. du Perron (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Bju 2003.

Hont 2005

I. Hont, *Jealousy of trade: international competition and the nation state in historical perspective*, Cambridge (Mass.): Belknap Press of Harvard University Press 2005.

Huisman & Van Ommeren 2019

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Huls 2015

N. Huls, *Actie en reactie*, Den Haag: Bju 2015.

Jacobs 2008

B. Jacobs, *De prijs van gelijkheid*, Amsterdam: Bert Bakker 2008.

Jansen 2015

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Jansen, Kortmann & Van Solinge 2004

C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann & G. van Solinge, 'Willem Christiaan Leonard van der Grinten (1913-1994)', in: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann & G. Van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Kluwer 2004, p. xvii-xxvii.

De Jongste & Van Boom, NTBR 2014

C.K.F. de Jongste & W.H. van Boom, 'Heeft het BW een politieke kleur? Een kwantitatief onderzoek naar politieke kleuring van BW-wetgeving sinds 1992', *NTBR* 2014, p. 37-47.

Kames 1777

H.H. Kames, Lord, *Elucidations respecting the Common and Statute Law of Scotland*, Edinburgh: Creech 1777.

Kamphuisen, WPNR 1933

P.W. Kamphuisen, 'De leer van het Justum Pretium herleefd', *WPNR* 1933, p. 273-275 en 281-290.

Kanning, Kerkmeester & Couwenberg 2008

W. Kanning, H.O. Kerkmeester & O. Couwenberg (red.), *Economie en recht*, Noordhoff 2008.

Kaplow & Shavell 2002

L. Kaplow & S. Shavell, *Fairness versus welfare*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2002.

Kennedy, *Harv. L. Rev.* 1976

D. Kennedy, 'Form and substance in private law adjudication', *Harv. L. Rev.* 1976, p. 1685-1778.

Kennedy, *Maryland L. Rev.* 1982

D. Kennedy, 'Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power', *Maryland L. Rev.* 1982, p. 563-658.

Keynes 1931

J.M. Keynes, *Essays in Persuasion*, London: MacMillan 1931.

Korobkin, *Cornell Law Review* 1998

R.B. Korobkin, 'The Status Quo Bias and Contract Default Rules', *Cornell Law Review* 1998, p. 608-687.

Korobkin & Ulen, *Cal. L. Rev.* 2000

R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *Cal. L. Rev.* 2000, p. 1051-1144.

Koster, Van Ommeren & Volkhausen, *ESB* 2018

H. Koster, J. van Ommeren & N. Volkhausen, 'Airbnb verhoogt de woningprijzen en huren in Los Angeles', *ESB* 2018, p. 47-50.

Kunz & Mona 2006

K.-L. Kunz & M. Mona, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft*, Bern: Haupt Verlag 2006.

Kymlicka 2002

W. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Langemeijer 1950

G.E. Langemeijer, *Ons oordeel over wat recht moet zijn* (oratie Leiden), 1946, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950.

Langemeijer 1976

G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

Langemeijer 1985

G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985.

Langemeijer/Schrage 1994

G.E. Langemeijer/E.J.H. Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 1994.

Lehmann 2016

M. Lehmann, 'Private Macht im Eigentumsrecht', in: F. Möslein (red.), *Private Macht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, p. 281-308.

Loonstra & Jansen, ArA 2012

C.J. Loonstra & C. Jansen, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *ArA* 2012, p. 3-21.

Loth 2009

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

Loth 2018

M.A. Loth, *Privaatrecht in context. Wat een jurist van theorie moet weten voor hij de praktijk in gaat*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Luijpen 1975

W. Luijpen, *Rechtvaardigheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975.

Van Maanen 1987

G.E. van Maanen, *Eigendomsschijnbewegingen. Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987.

Mackor 2011

A.R. Mackor, 'Explanatory Non-Normative Legal Doctrine. Taking the Distinction between Theoretical and Practical Reason Seriously', in: Mark Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 45-70.

Malloy 2004

R.P. Malloy, *Law in a market context: an introduction to market concepts in legal reasoning*, Cambridge (UK)/New York (NY): Cambridge University Press 2004.

Meijers 1910

E.M. Meijers, 'De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak', in: (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen I (1954)*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1910, p. 3-20.

Mok & Duk 1994

M.R. Mok & R.A.A. Duk, *Schets van het (sociaal-)economisch recht in Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994.

Mokyr 2016

J. Mokyr, *A Culture of Growth*, Princeton: Princeton University Press 2016.

Newton & Van Deth 2010

K. Newton & J.W. Van Deth, *Foundations of Comparative Politics*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag: Bju 2006.

Van Nispen tot Sevenaer, Themis 1937

C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, 'De herleving van de leer van den rechtvaardigen prijs en haar rechtswijsgeerige grondslag', *Themis* 1937, afl. 1, p. 1-22.

North 1990

D.C. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 1990.

Ogus 1994

A. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Oxford University Press 1994.

Ogus 2006

A. Ogus, *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, Oxford: Hart Publishing 2006.

Ogus, Legal Studies 2010

A. Ogus, 'The paradoxes of legal paternalism and how to resolve them', *Legal Studies* 2010, p. 61-73.

Ogus & Van Boom 2011

A. Ogus & W.H. van Boom (red.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011.

Oudemans, Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt 1847

A. Oudemans, 'Moet eene regtsvordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed tegen den wegens verkwisting onder curatele gestelde of wel tegen zijnen curator ingesteld worden?', *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt* 1847, p. 129-136.

Van Oven 1956

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

Peet & Nijhof 2015

J. Peet & E. Nijhof, *Een voortdurend experiment. Overheidsbeleid en het Nederlandse bedrijfsleven*, Amsterdam: Boom 2015.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 1999.

Phillipson 2010

N. Phillipson, *Adam Smith. An Enlightened Life*, London: Allen Lane 2010.

Piketty 2013

T. Piketty, *Le capital au XXIe siècle*, Paris: Seuil 2013.

Pitlo 1969

A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink 1969.

Portalis 1844

J.E. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris: Joubert 1844.

Prak & Luiten van Zanden 2013

M. Prak & J. Luiten van Zanden, *Nederland en het poldermodel. Sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1000-2000*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2013.

Rawls 1971

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts): Belknap Press 1971.

Reppen, Die soziale Aufgabe, 2001

T. Reppen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts (Hab.Schr. Köln)*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001.

Reppen, Kein Abschied, 2001

T. Reppen, *Kein Abschied von der Privatautonomie. Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*, Paderborn: Schöningh 2001.

RMO 2014

RMO, *De verleiding weerstaan. Grenzen aan beïnvloeding van gedrag door de overheid*, Den Haag: Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2014.

Rössner 2015

P.R. Rössner, *Martin Luther. On Commerce and Usury (1524)*, London: Anthem Press 2015.

Sandel 2012

M.J. Sandel, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2012.

Scholten 1932

P. Scholten, 'Recht en gerechtigheid (Diesrede UvA 1932)', in: (red.), *Verzamelde Geschriften I (1949)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1932, p. 296-317.

Scholten 1934

P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1934.

Schoordijk, NJB 1992

H.C.F. Schoordijk, 'Recensie "Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenisrecht"', *NJB* 1992, p. 1202-1206.

Schwartz & Wilde, U. Pa. L. Rev. 1979

A. Schwartz & L.L. Wilde, 'Intervening in markets on the basis of imperfect information: A legal and economic analysis', *U. Pa. L. Rev.* 1979, p. 630-682.

Sefton 2008

T. Sefton, 'Distributive and Redistributive Policy', in: M. Moran, M. Rein & R.E. Goodin (red.), *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 607-623.

Shiffrin, Philosophy & Public Affairs 2000

S.V. Shiffrin, 'Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accomodation', *Philosophy & Public Affairs* 2000, p. 205-250.

Sinzheimer 1935

H. Sinzheimer, *De taak der rechtssociologie*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zn. 1935.

Smith 1776

A. Smith, *The Wealth of Nations I-III*, 1776 (5e druk 1789; Penguin Classics 1999).

Smith, R&R 2009

C. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel', *R&R* 2009, p. 202-225.

Smits 2009

J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: BJu 2009.

Smits, TPR 2015

J. Smits, 'Het privaatrecht van de toekomst', *TPR* 2015, p. 517-548.

Smits 2003

J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Monografieën Nieuw BW, deel A2), Deventer: Kluwer 2003.

Smits 2017

J.M. Smits, *Advanced Introduction to Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2017.

Sunstein 2000

C.R. Sunstein (red.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

Sunstein & Thaler, U. Chi. L. Rev. 2003

C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron', *U. Chi. L. Rev.* 2003, p. 1159-1202.

Swaenepoel 2011

E. Swaenepoel, *Toetsing van het contractuele evenwicht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2011.

Tellegen 1861

B.D.H. Tellegen, *Volkshuishoudkunde en Regtswetenschap* (oratie Groningen), Groningen: Schierbeek 1861.

Temple 1668/1705

W. Temple, *Observations upon the United Provinces of the Netherlands*, London: Tonsen/Churchill 1668/1705.

Terpstra 2012

M. Terpstra (red.), *Onenigheid en gemeenschap*, Amsterdam: Boom 2012.

Teulings, Bovenberg & Van Dalen 2003

C.N. Teulings, A.L. Bovenberg & H.P. van Dalen, *De Calculus van het Publieke Belang* (Rapport i.o.v. Min. van EZ en Min. van Fin.), Den Haag: Kenniscentrum voor Orderingsvraagstukken 2003.

Thaler & Sunstein 2008

R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2008.

Timmerman 2008

L. Timmerman, 'Situationele gelijkheid in het (privaat)recht', in: D.J. Wolfson, L. Timmerman & L.M. de Rijk (red.), *Gelijkheid in een pluriforme samenleving*, Amsterdam: KNAW Press 2008, p. 29-46.

Trentmann 2016

F. Trentmann, *Empire of Things. How We Became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-first*, London: Allen Lane 2016.

Vachelder 1992

J.C.M. Vachelder, *Universiteit tussen vorming en opleiding. De modernisering van de Nederlandse universiteiten in de negentiende eeuw* (diss. Maastricht), Hilversum: Verloren 1992.

Valdés, Ratio Juris 1990

E.G. Valdés, 'On Justifying Legal Paternalism', *Ratio Juris* 1990, p. 173-184.

Valkhoff 1928

J. Valkhoff, *De marxistische opvattingen over recht en staat* (diss. Amsterdam UvA), Groningen: P. Noordhoff 1928.

Valkhoff 1938

J. Valkhoff, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838)*, Amsterdam: Arbeiderspers 1938.

Valkhoff 1949

J. Valkhoff, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838)*, Amsterdam: Arbeiderspers 1949.

Valkhoff 1967

J. Valkhoff, *Vermaatschappelijkt vermogensrecht in het Nieuwe B.W. (afscheidsrede Amsterdam UvA)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.

VanDeVeer 1986

D. VanDeVeer, *Paternalistic Intervention. The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton: Princeton University Press 1986.

Veljanovski 2010

C. Veljanovski, 'Economic Approaches to Regulation', in: Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge (red.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 17-38.

Van Velthoven & Van Wijck 2013

B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2013.

Van der Ven 1947

J.J.M. van der Ven, *Eigendom en Arbeid in het Burgerlijk Wetboek* (oratie Utrecht), Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1947.

Voorduin 1838

J.C. Voorduin, *Deel III (Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten Generaal; uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt en den den Koning opgedragen)*, Utrecht: Robert Natan 1838.

Vries, *International Review of Social History* 2017

P. Vries, 'Inevitable decline? A review of Bas van Bavel, *The Invisible Hand? How Market Economies have Emerged and Declined since AD 500* (Oxford, 2016)', *International Review of Social History* 2017, p. 131-147.

De Vries 2016

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

Vrooman, Gijsberts & Boelhouwer 2014

C. Vrooman, M. Gijsberts & J. Boelhouwer (red.), *Vershil in Nederland* (Sociaal en Cultureel Rapport 2014), Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2014.

Waddams 2003

S. Waddams, *Dimensions of Private Law. Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

Weber 1922

M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr 1922.

White, *Law and Inequality* 2009

A. White, 'Behavior and Contract', *Law and Inequality* 2009, p. 135-179.

Wieacker 1967

F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1967.

Wilkinson & Pickett 2009

R. Wilkinson & K. Pickett, *The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone*, Penguin Books 2009.

Wilterdink 2015

N. Wilterdink, *Vermogensongelijkheid in Nederland*, Amsterdam: Van Gennep 2015.

Woerdman 2009

E. Woerdman, *Politiek en politicologie*, Groningen/Houten: Noordhoff 2009.

Wondolleck 2012

T.R.A. Wondolleck, 'De valkuil van door verjaring verkregen erfdiensbaarheden. De verkrijging van naar hun aard niet-kenbare erfdiensbaarheden door verjaring in rechtseconomisch perspectief', in: W. H. van Boom, M. van Kogelenberg & M.L. Tuil (red.), *Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht*, Den Haag: Bju 2012, p. 159-175.

Zamir, *Virginia L. Rev.* 1998

E. Zamir, 'The Efficiency of Paternalism', *Virginia L. Rev.* 1998, p. 229-286.

Van Zeben, Belinfante & Ewijk 1962

C.J. van Zeben, W. Belinfante & O. Ewijk, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Algemeen deel: Voorgeschiedenis en algemene inleiding*, Deventer: Kluwer 1962.

Van Zelst 2008

B. van Zelst, *The Politics of European Sales Law. A Legal-Political Inquiry into the Drafting of the Uniform Commercial Code, the Vienna Sales Convention, the Dutch Civil Code and the European Sales Directive in the Context of the Europeanization of Private Law* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008.

Zonderland 1974

P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam: Agon/Elsevier 1974.

Van Zuthem 1973

H.J. van Zuthem, *Inleiding in de economische sociologie. Mensen en machten in het economisch leven*, Amsterdam/Utrecht: Uitgeverij J.H. de Bussy BV/Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV 1973.

Rede voorzitter Christen Juristen Vereniging

Beste leden,

Terugkijkend op het afgelopen jaar viel mij op hoe Recht en recht kunnen botsen. Ik doel hiermee op de asielproblematiek. Veel is daarover al gezegd en geschreven. Ik neem u toch nog even mee naar september 2018. Toen speelde de kwestie van Lili en Howick. U weet het misschien nog wel: twee Armeense tieners wier moeder inmiddels het land was uitgezet. Zij bleven achter en moesten eigenlijk ook worden uitgezet.

Er kwam een heel mediacircus op gang. Lili en Howick zaten bij Pauw aan tafel en in de kranten verschenen artikelen en ingezonden brieven. De teneur daarvan was meestal dat het asielbeleid hard en rigide was en dat kinderen daarvan niet de dupe mochten worden. De regels waren het probleem voor deze schrijnende zaak, zo was vaak de conclusie.

De inmiddels afgetreden staatssecretaris Mark Harbers herhaalde keer op keer dat ook deze kinderen moesten worden uitgezet. Toen de dag daar was dat het zou gaan gebeuren, bleken de kinderen ondergedoken te zijn. De staatssecretaris draaide als een blad aan een boom om en maakte gebruik van zijn discretionaire bevoegdheid: Lili en Howick mochten blijven.

Een vraag die opkwam was of de werkelijke reden dat ze mochten blijven, de druk van de media was geweest. Rondom Lili en Howick was een effectieve mediacampanje gevoerd. Zo zaten zij wel aan tafel bij Pauw terwijl in andere gevallen kinderen – die níét bij Pauw aan tafel kwamen – wél werden uitgezet naar onveiligere landen dan Armenië. Minstens net zo schrijnend maar die vraag laat ik even voor wat het is.

Wat hier opvalt is dat een vorm van ongehoorzaamheid, namelijk het niet meewerken aan de eigen uitzetting – overigens om heel begrijpelijke redenen, laat daarover geen misverstand bestaan – succesvol bleek.

In het verlengde hiervan speelde – zelfs bijna aansluitend! – de kwestie van het kerkasiel van de familie Tamrazyan. Hoe zat dat ook alweer? De familie Tamrazyan – eveneens een Armeense familie – had onderdak gevonden in de Gereformeerde Kerk Vrijgemaakt in Katwijk. Het gezin is behoorlijk geïntegreerd in de Nederlandse samenleving en dochter Hayarpi schijnt zelfs politiek actief te zijn binnen de ChristenUnie.

Na een verblijf in Katwijk verhuisde het gezin naar de Bethelkerk in Den Haag. Daar bleven zij drie lange en spannende maanden. Ook hier hield de staatssecretaris

aanvankelijk zijn poot stijf, maar uiteindelijk werd binnen de regeringscoalitie een akkoord bereikt en mocht ook dit gezin blijven.

Ook hier was sprake van een vorm van burgerlijke ongehoorzaamheid zo lijkt het. Het ging nu echter niet zozeer om de asielzoekers zelf maar veel meer om de kerk.

De kerk beriep zich namelijk op het zogenoemde ‘kerkasiel’. Wat is dat eigenlijk?

Kerkasiel heeft erg oude papieren.

In het Oude Testament kwamen zogenoemde ‘vrijsteden’ voor. Het waren er zes. Dit waren plaatsen waarnaar mensen konden vluchten die per ongeluk iemand hadden doodgeslagen. De oudsten van een vrijstad moesten oordelen of de dood per ongeluk was veroorzaakt. Zo ja, dan was het de bloedwreker niet toegestaan om de dader te doden. De doodslager moest in de vrijstad blijven tot de dood van de hogepriester en dan kon hij terugkeren naar zijn bezittingen. Binnen de stad was hij veilig, buiten de stad liep zijn leven gevaar. Eenzelfde functie vervulde het brandofferaltaar in de tempel. Iemand die voor zijn leven vreesde, kon de hoornen van het altaar vastgrijpen en was zo gered.

In onze wetgeving bestaat er echter niet zoiets als kerkasiel. De wet kent het begrip niet. Wel kent de Algemene wet op het binnentreden een bepaling – artikel 12 – die beoogt de vrijheid van vergadering en van eredienst te beschermen. Dit artikel bepaalt namelijk dat opsporingsambtenaren niet mogen binnenvallen tijdens kerkdiensten, tijdens vergaderingen van vertegenwoordigende organen zoals gemeenteraden en het parlement, en tijdens zittingen van de rechterlijke macht.

Overigens is een uitzondering hierop een heterdaadsituatie: degene die een ander op straat berooft en een kerk invlucht waar een dienst gaande is, geniet geen bescherming op basis van dit artikel.

De Bethelkerk in Den Haag greep deze bepaling aan om justitie buiten de deur te houden: men organiseerde maandenlang, dag en nacht, een permanente kerkdienst.

Je kunt op je klompen aanvoelen dat de wetgever deze wettelijke bepaling niet heeft bedoeld als basis voor het kerkasiel. Het brengt ons echter wel bij een dieperliggende vraag. De Bethelkerk – en breder de leiding van de PKN – beriep zich er namelijk op dat men hiermee moest voldoen aan een hogere plicht, namelijk de christelijke plicht om barmhartigheid te betonen en degenen die in een uitzichtloze situatie verkeren hulp en bijstand te bieden.

Daarmee beroept de kerk zich dus op een hogere norm waarvoor het positieve recht kennelijk moet wijken.

Het gaat om recht tegen recht, namelijk het Recht als het moreel juiste, hetgeen God verlangt versus het positieve recht namelijk de asielwetgeving.

Het brengt ons bij een klassieke vraag, zeker voor een – vanouds Calvinistische – JuristenVereniging, namelijk moet men God meer gehoorzaam zijn dan de mensen? Calvijn antwoordde daarop dat de overheid gehoorzaamd moet worden tenzij zij ingaat tegen de geboden van God. Maar wie bepaalt dat eigenlijk? En hoe zit dat in een geseclariseerde samenleving waarin een beroep op de autoriteit van een godheid, juridisch niet vanzelf hout snijdt? Juridisch geduid is dan eerder sprake van een individuele gelovige die zich beroept op zijn geweten of een geloofsgemeenschap die zich beroept op bepaalde geloofsopvattingen. Die zijn echter niet zomaar buiten de eigen kring juridisch relevant.

En kan dat zomaar: we hebben immers een democratische rechtsorde met regels en procedures waarbinnen misstanden aan de kaak kunnen worden gesteld.

Vanuit dat perspectief zijn bij het fenomeen van het kerkasiel vraagtekens te plaatsen. Waren er geen andere wegen om het ervaren onrecht aan de kaak te stellen? Eerder heeft de PKN de misstanden rondom uitgeprocedeerde asielzoekers die op straat kwamen te staan – met succes! – aangekaart bij het Europees Comité voor Sociale Rechten. Dat comité sprak uit dat de Nederlandse overheid ervoor moet zorgen dat niemand in het land verstoken blijft van voedsel, kleding en onderdak. Dat geldt ook voor afgewezen asielzoekers. Die moeten worden opgevangen, in plaats van op straat gezet. Daarmee werd de overheid ertoe gebracht om de zogenoemde bed-bad-broodregeling te financieren.

Al met al is het dilemma van Recht versus recht voor de jurist niet goed oplosbaar. Wel geeft het stof tot overdenking. Heeft onze samenleving bijvoorbeeld bijzondere of heilige plaatsen nodig waar mensen zonder angst voor overheidsingrijpen kunnen verblijven? In bijvoorbeeld Duitsland heeft men hiermee meer ervaring: in Nederland zouden wij daarvan kunnen leren.

Belangrijker nog is – denk ik – dat ook werk aan de winkel blijft voor juristen. Hoe kunnen we het recht – daarmee bedoel ik het positieve recht – zo veel mogelijk laten samenvallen met Recht als het moreel juiste? Daarbij zouden we niet moeten schromen om veel meer samen te werken met bijvoorbeeld ethici en theologen: daar waar de kennis van de rechtspositivistisch opgeleide jurist ophoudt, kunnen zij goede diensten bewijzen bij verdere doordenking van een rechtsprobleem. Al met al blijft dit niet alleen een zaak waarvoor permanent aandacht nodig is, maar ook lijkt mij dat de opdracht voor elke jurist!

Ik dank u voor uw aandacht.

Mr. dr. T. van Kooten

