



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Paternalisme, fraternalisme, egoïsme: een kleine catechismus van het contractenrecht

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (2009). Paternalisme, fraternalisme, egoïsme: een kleine catechismus van het contractenrecht. In . Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19705>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19705>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis

Paternalisme, Fraternalisme, Egoïsme

Een kleine catechismus van het contractenrecht



Universiteit Leiden

Paternalisme, Fraternalisme, Egoïsme
Een kleine catechismus van het contractenrecht

Rede uitgesproken door

Prof.mr. J.H. Nieuwenhuis

bij gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar

Burgerlijk recht

aan de Universiteit Leiden

op vrijdag 9 oktober 2009



Universiteit Leiden

Recht en religie hebben meer gemeen dan hun kernbegrip: het gebod. Gij zult niet echtbreken; dit is niet slechts een der Tien Geboden, het valt ook te lezen in het Burgerlijk Wetboek; art. 1:81.¹ Ook het contract is een fundamenteel begrip dat niet alleen gepaste aandacht krijgt in het burgerlijk recht, maar ook in de bijbel. 'God sprak tot Noach en zijn zonen: Hierbij sluit ik een verbond (*berith*) met jullie en met je nakomelingen. (...) Deze belofte doe ik jullie: nooit meer zal er een zondvloed komen om de aarde te vernietigen.'² Opvallend is het paternalistisch karakter van het gesloten verbond. Naar instemming van Noach en zijn zonen - om nog maar te zwijgen van hun nakomelingen - wordt niet gevraagd. Toch is paternalisme evenmin vreemd aan het moderne, seculiere contractenrecht. De vader kan het door zijn minderjarige zoon rechtsgeldig gesloten contract vernietigen.

Fraternalisme; Ben ik mijns broeders hoeder? Het in het Oude Testament onuitgesproken, maar niettemin luid en duidelijk klinkende antwoord, wordt uitgewerkt in het Nieuwe Testament: Heb uw naaste lief als uzelf, en wel met hart en ziel en heel uw verstand.³ In het moderne contractenrecht telt vooral het verstandelijke aspect van de vereiste naastenliefde. Vinck was gehouden aan Offringa mee te delen dat de scheurvorming in het te koop aangeboden huis een dynamisch karakter droeg. Het recht eist niet dat Vinck deze informatie aan Offringa verschaft *met hart en ziel*, ondanks het feit dat hij aldus de kans op een succesvolle verkoop van zijn huis reduceert tot vrijwel nul. De Hoge Raad vergt van Vinck wel een verstandelijke afweging: mag ik de gegevens met betrekking tot het karakter van de scheurvorming voor mij houden, omdat ik erop mag vertrouwen dat de koper zelf adequate maatregelen neemt om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft? Of moet ik ook aan een onvoorzichtige koper bescherming bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens? Het Hof had zich indringender moeten verdiepen in de vraag of kennis van de in het verkeer geldende opvattingen Vinck niet had moeten doen besluiten tot het laatste: spontane

mededeling van de aard van de scheurvorming, aldus de Hoge Raad.⁴

Egoïsme; Een somber mensbeeld rijst op uit de belijdenisgeschriften van de Protestantse kerk in Nederland: wij zijn geheel en al onbekwaam tot iets goeds en geneigd tot alle kwaad. En vandaar: wij zijn van nature geneigd onze naaste te haten.⁵ Zelfzucht is ook de rode draad die de zeven christelijke hoofdzonden verbindt: hoogmoed, afgunst, toorn, nalatigheid, hebzucht, vraatzucht, wellust. Toch zou het geen reden zijn voor ongetemperde vreugde als deze zeven zonden plotsklaps zouden zijn verdwenen. Nog afgezien van de ondraaglijke saaiheid die over de aarde zou neerdalen, hebben enkele van deze ondegden een onmiskenbaar ambivalent karakter; zij vertegenwoordigen tegelijkertijd zowel negatieve als positieve waarden. Hebzucht, de sterke begeerte naar geld en goed (van Dale), vult niet slechts de gevangenen met plegers van vermogensdelicten, maar ook de rijksschatkist met belastingopbrengsten, ontvangen van personen en ondernemingen die zijn geslaagd in de verwezenlijking van hun allesoverheersend oogmerk: winst. Zonder individueel winstoogmerk geen *Wealth of Nations*. Adam Smith wist waar Abraham de mosterd haalt: 'It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest.'⁶

Zonder erkenning van het eigenbelang als het *perpetuum mobile* van het contracteren is begrip van contractenrecht niet mogelijk. Bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gaat het om de kunst om van de eigen schade andermans schade te maken. Welke horden moet ik nemen als ik mijn letselschade, veroorzaakt door een val in een keldergat, wil afwentelen op degene die het kelderluik liet openstaan? De harde kern van het contractenrecht is de kunst van twee partijen om beiden winst te maken. A verkoopt koe aan B. Wie heeft gelijk? Beiden. A verkoopt de koe, die hem € 500 heeft gekost, voor € 1.000. B verwerkt de koe tot kogelbiefstuk, bieflap en rundergehakt en verkoopt deze vleeswaren voor € 2.000. Contracteren is onmis-

kenbaar een *égoïsme à deux*. Dit tweepersoons egoïsme sluit het bestaan van vriendschappelijke betrekkingen niet uit. Van de drie typen van vriendschap van Aristoteles (vriendschap omwille van genot, nut dan wel het goede) vormt het tweede type het cement van de betrekkingen tussen contractanten. Aristoteles over het broze karakter van de op nut gebaseerde vriendschap:

‘Mensen die alleen bevriend zijn omwille van nut gaan uiteen van het ogenblik af dat ze er geen voordeel meer van hebben: die hielden namelijk niet van elkaar maar van hun winst.’⁷

Deze observatie uit de vierde eeuw v.Chr. strookt wonderwel met de huidige ervaring. Mensen die jarenlang vriendelijk zijn bejegend door het personeel van hun bank aarzelen geen moment en halen hun banktegoed van de ene op de andere dag weg om het onder te brengen bij een bank uit IJsland, als die bank een rente biedt die een fractie hoger is.

Contractueel altruïsme; twee vormen

Erkenning van het feit dat beiderzijds egoïsme de drijfveer is van het tot stand komen van overeenkomsten sluit evenmin uit dat het contractenrecht van beide partijen een stevige dosis altruïsme verlangt. Onderhandelende partijen moeten hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de ander, zo klinkt het reeds ruim een halve eeuw in de rechtspraak van de Hoge Raad.⁸ Onderhandelen is een gezamenlijke speurtocht naar win/win-situaties. Brengt dit voor partijen de plicht mee om de ander te behoeden voor voorzienbare verliezen? Schrijvend over het bank- en effectenrecht merkt Du Perron daarover het volgende op:

‘Zorgplichten die ertoe strekken particuliere cliënten ook voor het desbewust nemen van te veel risico te behoeden, kunnen een uiting zijn van de “bestwil-gedachte”. Die gedachte kan men, afhankelijk van zijn filosofisch-politieke opvattingen, solidariteit noemen, maar ook bemoeizucht. (...) In plaats van “solidariteit” en “bemoeizucht” zal ik, in navolging van rechtseconomische literatuur, hierna de term “paternalisme” gebruiken.’⁹

Solidariteit of bemoeizucht? ‘Geachte heer Saladin, wij zijn uiteraard bereid uw opdracht uit te voeren, maar wij ontraden U met klem over te gaan tot aankoop van aandelen Waterman Pen Company, Hoogachtend, de Hollandse Bank Unie.’ Is dit solidariteit of bemoeizucht? Welke filosofisch-politieke opvattingen bepalen de keuze? Hesselink plaatst solidariteit gedeceerd in het linkse kamp:

‘The idea of solidarity (...) is politically linked to socialism (“the left”) and its main dogmas in contract law are the “duty of good faith” and the need for specific mandatory rules for the protection of the weaker parties.’¹⁰

Weinig winst is gelegen in het bestempelen van redelijkheid en billijkheid en de dwingendrechtelijke consumentenbescherming als socialistische dogma’s.¹¹ Meer profijt valt te verwachten van een ontleding van twee typen van contractueel altruïsme: paternalisme en fraternalisme. Van beide een voorbeeld. Paardenhandelaar Koolhaas biedt de vierjarige hengst *Spring fever* te koop aan. Laarmans koopt het paard, maar zijn tevredenheid over de aankoop is van korte duur. Bij de eerste buitenrit komt hij lelijk ten val kort nadat *Spring fever* op eigen initiatief een rengalop heeft ingezet. Als de rechter Koolhaas, aangesproken tot schadevergoeding, voorhoudt: U had *Spring fever* onder geen beding mogen verkopen aan de onervaren Laarmans, is sprake van een door de rechter aangenomen zorgplicht van paternalistische aard. Is de rechter daarentegen van oordeel dat Koolhaas heeft verzuimd Laarmans, wegens diens beperkt hippisch talent, indringend te waarschuwen en hem de aanschaf van *Spring fever* met klem te ontraden, dan heeft de rechter een fraternalistische zorgplicht tot uitgangspunt genomen. In het eerste geval wordt de autonomie van de ander *terzijde gesteld*; in het tweede geval wordt diens autonomie *geoptimaliseerd*. Een vader mag tegen zijn minderjarige zoon zeggen: jij gaat niet kitesurfen, punt uit. Een broer mag niet verder gaan dan: Wim, is dat nu wel een verstandig plan, om van je eerste AOW een surfplank te kopen?

De meeste zorgplichten zijn van fraternalistische aard. Zij strekken ertoe de autonomie van de ander te optimaliseren.

Eerlijke handelspraktijken vergen dat de consument alles wordt verteld wat hij 'nodig heeft om een geïnformeerd besluit over de transactie te nemen'. Dit is de rode draad van de kersverse afdeling over 'oneerlijke handelspraktijken' (art. 6:193a BW e.v.).

Loss aversion; de mens kan slecht tegen verlies

Hebzucht is, zoals gezegd, een ambivalente aandrift. Hebzucht leidt vaak tot lichtvaardigheid, zoals Koning Midas moest ervaren. Midas had de sater Silenus, door wijn en jaren wankele, veilig thuisgebracht. Als beloning mocht Midas één wens doen: 'Maak dat alles wat ik aanraak, verandert in geelglanzend goud'.¹² Maar hebzucht maakt ook vindingrijk. De gouddorst van de alchemisten bracht hun weliswaar niet het begeerde resultaat: goud winnen uit lagere metalen; wel verrijkten zij de samenleving met allerlei nuttige en aangename bijvangst: het distilleren van alcohol uit wijn bijvoorbeeld, een toevallige vondst van Italiaanse alchemisten in de elfde eeuw.

Hebzucht, vindingrijkheid, lichtvaardigheid; dit trio heeft zich ook voortvarend gestort op de exploitatie van de groeikracht van geld. Hoe maken wij van duizend euro tweeduizend euro? De traditionele weg is lang en moeizaam. Koop een melkkoe, melk de koe, maak van de melk kazen, verkoop de kazen aan Laarmans, koop van de opbrengst een tweede melkkoe, melk twee koeien, maak van de melk kazen, verkoop de kazen aan Laarmans, enzovoort. Kan het niet met minder gedoe? Welzeker; treed in het voetspoor van Dostojewski's Speler: 'Toch hebben ook wij Russen geld nodig, ging ik verder, dus zijn wij erg blij met en tuk op middelen als bijvoorbeeld de roulette, waarmee je in een paar uur opeens rijk kunt worden zonder inspanning. Zoiets ligt ons erg goed'.¹³

Ga naar Roulettenburg (Wiesbaden), zet aan de roulettetafel € 1.000 in op rood, als enkele ogenblikken later het balletje voor een rood vakje blijft liggen, is U in het bezit van € 2.000. Kan het nog eenvoudiger? Zonder enige twijfel; koop call-opties, het recht om aandelen te kopen tegen een vooraf bepaalde prijs. Als, zoals verwacht, de koers van de desbetreffende aan-

delen stijgt, kan U de opties met ruime winst te gelde maken. Soms loopt het anders. Nadat mevrouw D. in de optiehandel reeds een verlies had geleden van € 30.000, besluit zij tot het naakt schrijven van opties (naakt, dat wil zeggen, zonder in het bezit te zijn van de onderliggende waarden). De Bank voert, ondanks het feit dat D. niet langer beschikt over voldoende financiële reserves (*margin*), de opdracht uit. Resultaat: wederom verlies, ditmaal valt het mee € 2.000. Met betrekking tot de door D. verlangde vergoeding van dit verlies confronteert het Hof de Bank met een zorgplicht van onmiskenbaar paternalistische aard:

'Ten aanzien van het schrijven door D. van ongedekte opties (...) is de Bank haar zorgplicht niet nagekomen. Deze transacties had zij bij gebreke van "margin" niet mogen uitvoeren.'

Moet D. niet een deel van het verlies zelf dragen, omdat zij zich bewust was van het riskante karakter van de optiehandel (tijdens een comparitie had zij zich laten ontvallen: 'eigenlijk heb ik maar lotjes gekocht.')? In beginsel wel, aldus het Hof, maar in dit geval niet, omdat haar lichtvaardigheid reeds voldoende gestraft was door het verlies van € 30.000. In cassatie maakt de Bank bezwaar tegen dit paternalisme:

'Op een bank rust in beginsel niet de verplichting om een cliënt tegen zichzelf te beschermen door haar medewerking te weigeren aan transacties van speculatieve aard'.

Tevergeefs, de Hoge Raad verwierp het cassatieberoep.¹⁴ De plicht om de cliënt tegen zichzelf te beschermen; let wel, de vraag is niet of de Bank *bevoegd* was uitvoering van de opdracht te weigeren. Dat was zij, mede in haar eigen belang, zeker. De vraag is of zij daartoe *verplicht* was. Bevindt het recht zich op de goede weg als een cliënt met succes kan aanvoeren: inderdaad, de Bank heeft mij indringend gewaarschuwd en mij deze transactie met klem ontraden en inderdaad, ik heb dit advies in de wind geslagen, maar toch moet de Bank mijn verlies vergoeden, omdat zij mijn wil had moeten negeren? Du Perron rechtvaardigt dit paternalisme met een beroep op inzichten uit een nieuw wetenschapsgebied: *behavioral eco-*

nomics.¹⁵ ‘Instellingen moeten beleggers beschermen tegen hun *loss aversion*, om erger te voorkomen.’¹⁶ *Loss aversion* is de bereidheid om grote risico’s te lopen om geleden verlies ongedaan te maken. De mens kan slecht tegen verlies. Dat geldt ook voor de *homo ludens*. De roulettespeler zet € 1.000 in op rood. Helaas; zwart. Hij verdubbelt de inzet: € 2.000 op rood. Helaas; zwart. Hij verdubbelt wederom de inzet: € 4.000 op rood. Helaas; zwart. Zijn geld is op en zijn verlies bedraagt inmiddels € 7.000. De onweerstaanbare *loss aversion* brengt de speler ertoe € 7.000 te leen te vragen aan zijn vader, die naast hem aan de speeltafel heeft plaatsgenomen. Zijn vader weigert: ‘neem je verlies, Wim’. Bij het weggaan horen zij de croupier het resultaat van de volgende ronde uitroepen: 23, rood.

Niet alleen aan de roulettetafel, ook in de *dealingroom* van de bank spelen zich dergelijke taferelen af. In de eerste maanden van 1980 heeft Haanstra met zijn optietransacties een winst van f 50.000 tot f 100.000 gemaakt. In de laatste maanden van dat jaar leed Haanstra gevoelige verliezen op zijn short-posities in aandelen Koninklijke Olie waarvan de koers ten gevolge van het uitbreken van de oorlog tussen Irak en Iran was gestegen (Wie short posities inneemt, kan *stijging* van de aandelenkoers missen als kiespijn). Inmiddels was een aanzienlijk margetekort ontstaan. Is de Bank jegens Haanstra gehouden alle door Haanstra gegeven opdrachten tot het verrichten van optietransacties te weigeren? Du Perron is op dit punt categorisch: ‘De cliënt kan geen afstand doen van de bescherming die de margeverplichting biedt.’¹⁷ Het Amsterdamse Hof oordeelt genuanceerder. Ook al strekt het vereiste van voldoende marge tot bescherming van de cliënt, dit brengt niet mee dat een nadien gemaakte, afwijkende afspraak tussen de Bank en de cliënt krachteloos is. Haanstra was in de greep van zijn *loss aversion*; hij verzette zich tegen het beëindigen van zijn activiteiten in de optiehandel, omdat dit de liquidatie van zijn vermogen zou betekenen. In overleg met de Bank is toen besloten de optietransacties voort te zetten. Naar het oordeel van het Hof is in dit geval niet sprake van een toerekenbare tekortkoming die meebracht dat de Bank de schade diende te vergoeden. Het Hof voegde daaraan nog het volgende toe:

‘Men zou anders kunnen oordelen indien de bank wist - had behoren te weten - dat de transacties nadelig voor Haanstra waren, nadeliger dan hun speculatieve aard meebrengt, in welk geval de bank de opdrachten van Haanstra wellicht zou hebben moeten weigeren. Daarvan is in deze procedure echter niet gebleken.’

De Hoge Raad verwierp het tegen dit arrest gerichte cassatieberoep.¹⁸ Een bevredigende afloop; banken zijn geen alwetende vaders die ter verantwoording moeten worden geroepen als zij tekortschieten in hun plicht om hun onervaren kinderen (de cliënten) tegen zichzelf te beschermen. ‘De NMB denkt met U mee’; deze reclameboodschap van weleer dankt haar succes aan de broederlijke toon. ‘De NMB zegt in uw belang NEE’ zou aanmerkelijk minder aanslaan. In het strijdperk van de optiehandel zijn bank en belegger wapenbroeders. Haanstra incasseerde een verlies van f 750.000; de Bank sloot haar beleggingsrelatie met Haanstra af met een verlies van f 350.000.

De wereld van het Grote Geld

Hebzucht, vindingrijkheid, lichtvaardigheid in de wereld van het grote geld; in 2000 verscheen in de landelijke dagbladen een advertentie met de navolgende tekst:

De Legio-Lease WinstVerDriedubelaar is een uniek concept waarmee u optimaal gebruik maakt van de mogelijkheden in de wereld van het “Grote Geld”. Een VerDriedubeling van de winst in slechts drie jaar tijd hoort ook voor u tot de mogelijkheden. Stuur ons snel uw aanmeldingsbon in een ongefrankeerde envelop. Doe dit in ieder geval vóór 19 december 2000.

In de jaren negentig van de vorige eeuw werd in de bankwereld hard nagedacht over een antwoord op de volgende vraag: hoe kunnen we geld uitlenen tegen een rente die aanmerkelijk hoger is dan de karige 4 à 5 procent die we nu op hypothecaire leningen ontvangen? Dit terwijl we voldoende zekerheid hebben dat we bij financieel onvermogen van de cliënt de uitgeleende som terugkrijgen. Het ‘unieke concept’ waarvan de advertentie gewaagt, was het vindingrijke resultaat: de effectenlease-over-

eenkomst. Bied minvermogene particulieren toegang tot de wereld van het Grote Geld. Leen hun geld tegen een rente van 12% per jaar. Koop van het geleende geld voor hen een pakket aandelen dat 'eigendom' blijft van de bank. Mocht de afnemer onverhoopt niet in staat zijn de rente te betalen, dan kan het aandelenpakket te gelde worden gemaakt. Bij de toentertijd gangbare stijging van de aandelenkoersen is de opbrengst ruim toereikend om daaruit de resterende schuld van de afnemer te voldoen. Een onmiskenbare win/win-situatie ligt binnen ieders bereik. Een eenvoudig rekenvoorbeeld:

Bank A leent € 50.000 aan particulier B. De looptijd is drie jaar, rente 12% (= € 18.000, te betalen in maandelijkse termijnen van € 500). De Bank koopt ten behoeve van B een pakket aandelen ter waarde van € 50.000 en behoudt dit pakket in 'eigendom'. Na drie jaar is de koers van de aandelen, zoals geraamd, vijftig procent gestegen. De Bank verkoopt het aandelenpakket voor € 75.000 en keert daarvan na inhouding van de uitgeleende som € 25.000 uit aan B. Deze effectenlease-overeenkomst heeft de Bank € 18.000 opgeleverd. De winst van B bedraagt € 7.000.

De advertentie van Legio-lease bevatte nog een waarschuwing: 'Beleggen bij wie en in welke vorm dan ook brengt financiële risico's met zich mee. Dat geldt ook voor beleggen met geleend geld via de WinstVerDriedubbelaar. Beleggen geeft u kans op een hoger, maar ook op een lager dan gemiddeld rendement. Dit risico is voor u.'

'Een lager dan gemiddeld rendement'; Stel, in strijd met de verwachting, maar strokend met de werkelijkheid, daalt de aandelenkoers met vijftig procent. Wat is in dat geval in het zo juist gekozen rekenvoorbeeld het 'lagere dan gemiddeld rendement'? De Bank verkoopt het aandelenpakket voor € 25.000 en houdt een (dubieuze) vordering op B van € 25.000. Het verlies van B bedraagt € 43.000.

Enkele maanden geleden heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over een drietal effectenlease-producten: *Koersexta* van Dexia¹⁹, *Levob Hefboomeffect* van Levob²⁰ en *Sprintplan* van

Aegon.²¹ In het arrest inzake Dexia, de marktleider in effectenlease-producten, confronteerde de Hoge Raad Dexia met de volgende zorgplichten:

1. Aanbieders van effectenlease-producten zijn verplicht de afnemer bij het aangaan van de overeenkomst indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico.
2. Dexia was gehouden onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer.
3. Dexia had de desbetreffende afnemer, gezien zijn financiële positie, moeten ontraden de overeenkomst aan te gaan.

Paternalisme of fraternalisme? In hun kern zijn deze begrippen helder en welonderscheiden. Paternalisme plaatst de autonomie van de ander buitenspel; fraternalisme strekt juist tot optimalisering van diens autonomie. De eerste zorgplicht is onversneden fraternalistisch: zorg ervoor dat bij de wederpartij sprake is van *informed consent*. Wel rijst de vraag hoe indringend de waarschuwing moet zijn. Een terloopse opmerking dat beleggen kans biedt op een hoger, maar ook op een lager dan gemiddeld rendement en dat dit risico voor de belegger komt, schiet zeker tekort, maar moet op dit punt de tabaksindustrie worden gevolgd? Eis van de aanbieders van effectenlease-producten een zwartomrande tekst in koeienletters:

Dit product kan
uw faillissement
veroorzaken

De tevreden roker laat zich door de vetgedrukte waarschuwing dat roken longkanker kan veroorzaken, niet van de wijs brengen. Tot lering van de lichtvaardige belegger volstaat een minder apocalyptische tekst. Wel zal hem duidelijk moeten worden gemaakt dat sprake is van beleggen met geleend geld en dat de geleende som moet worden terugbetaald, ongeacht de opbrengst van de aandelen, hetgeen betekent dat de belegger na afloop van het contract wordt geconfronteerd met een

aanzienlijke restschuld als de koers van de aandelen inmiddels is gedaald.

Het beginsel van contractsvrijheid

De twee overige zorgplichten van de bank (onderzoek naar de inkomens- en vermogenspositie van de aspirant-belegger en, indien nodig, adviseren om van de effecten-lease af te zien), waren voorwerp van debat: is hier niet sprake van verwerpe-lijk paternalisme? Tijdens het geding in cassatie kwalificeerde Dexia deze door het Hof aangenomen zorgtaken als een 'bevoogdingsplicht' die op gespannen voet staat met het beginsel van de contractsvrijheid. Naar het oordeel van de belegger was het Hof nog niet ver genoeg gegaan; het had moeten oorde- len dat de Bank de overeenkomst niet had mogen sluiten. De Hoge Raad houdt zorgvuldig het midden. Het oordeel van het Hof dat Dexia de wederpartij had moeten adviseren van de overeenkomst af te zien, geeft niet blijk van een onjuiste rechts- opvatting, maar evenmin is het zo dat het Hof had moeten oordelen dat Dexia de overeenkomst niet had mogen aangaan. Wat dit laatste betreft, zou een andersluidende opvatting geen recht doen aan het beginsel van de contractsvrijheid, aldus de Hoge Raad.

Het aanroepen van het beginsel van contractsvrijheid is geen wekelijks werk van de Hoge Raad. Het is daarom zaak ons re- kenschap te geven van de draagwijdte van deze beginselverkla- ring. Om wiens contractsvrijheid gaat het hier? Stel, de Bank heeft de aspirant-belegger indringend gewaarschuwd voor de mogelijkheid van een aanzienlijke restschuld. Zij heeft hem na onderzoek van diens inkomens- en vermogenspositie ontraden de effectenlease-overeenkomst te sluiten. Desondanks geeft de wederpartij te kennen de overeenkomst te willen aangaan; hij heeft een zonnige kijk op de koersontwikkeling en schat de kans op een daling als verwaarloosbaar klein. Geen vrijheid zonder risico. Het contractenrecht kan geen *no risk* polis bie- den. Als de optimistische visie van de belegger, die ondanks het negatieve advies een effectenlease-overeenkomst heeft gesloten, werkelijkheid wordt (na afloop van de lease-termijn is de aan- delenkoers vijftig procent gestegen), incasseert de belegger een aanmerkelijke winst. Het zal niet in zijn hoofd opkomen om

aan te voeren: 'eigenlijk heb ik geen recht op deze winst, want de Bank had de overeenkomst niet met mij mogen sluiten'. Deze belegger zou van twee wallen eten als hij bij daling van de koers met vijftig procent zou kunnen zeggen: 'U moet mij schadeloos stellen want U had mijn wil moeten negeren en uw negatieve advies moeten laten volgen door een weigering met mij deze overeenkomst aan te gaan'. Honorering van dit stand- punt van een adequaat gewaarschuwd man (die voor twee telt) zou neerkomen op volledige ondermijning van de belangrij- ste pijler van de contractsvrijheid: autonomie, de bevoegdheid om de eigen wil te verheffen tot wet.

Met zijn oordeel dat de bank soms gehouden is negatief te adviseren over de aanschaf van een effectenlease-product, maar in dat geval niet verplicht is het sluiten van de overeenkomst te weigeren, komt de Hoge Raad niet in strijd met het begin- sel van contractsvrijheid. Wel rijst de vraag hoe ver de plicht om de ander negatief te adviseren over het sluiten van een overeenkomst reikt. Ziet zij ook op andere riskante financiële producten, zoals de beleggingshypotheek? Strekt zij zich nog verder uit, tot buiten de financiële sector? Moet de leverancier van levensmiddelen, die in één oogopslag de zwaarlijvigheid van de klant kan constateren, ongevraagd advies uitbrengen: waarom vandaag eens geen varkenshaas in roomsaus, maar een heerlijke maaltijdsalade van rauwe wortels en vers gesneden andijvie?

Fouten aan de zijde van de afnemer

Zorgplichten rusten niet slechts op de schouders van de aan- bieder van effectenlease-producten, ook de afnemer mag de markt van beleggingsproducten niet zorgeloos betreden. In de woorden van de Hoge Raad: 'Van de afnemer mag worden verwacht dat hij alvorens de overeenkomst aan te gaan, zich redelijke inspanningen getroost om de effectenlease-overeenkomst te begrijpen.'

Schieten beide partijen tekort in de van hen verlangde zorg, dan leidt dit op de voet van art. 6:101 BW tot vermindering van de vergoedingsplicht van de aanbieder in evenredigheid met de mate waarin de aan de aanbieder en de aan de afnemer

toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist. De Hoge Raad geeft vervolgens een aanwijzing met betrekking tot de vraag hoe de wederzijds gemaakte fouten moeten worden gewogen:

‘Bij de toepassing van de maatstaf van art. 6:101 BW zullen fouten van de afnemer die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de aanbieder waardoor deze in de zorgplicht is tekortgeschoten.’²²

De fout van de afnemer die voortvloeit uit lichtvaardigheid (hij heeft zich gemakshalve niet of nauwelijks verdiept in de kenmerken van het aangeboden effectenlease-product) weegt minder zwaar dan de fout van de aanbieder waardoor deze in zijn zorgplicht is tekortgeschoten (hij heeft onvoldoende indringend gewaarschuwd voor het risico van een restschuld). De door de Hoge Raad gekozen formulering veronderstelt aan de zijde van de aanbieder de aanwezigheid van een fout die als *oorzaak* van de schending van zijn zorgplicht kan worden aangemerkt (een fout *waardoor* de aanbieder in de zorgplicht is tekortgeschoten). Als tegenhanger van de lichtvaardigheid aan de zijde van de afnemer moet hier worden gedacht aan een te gretig winstoogmerk aan de kant van de aanbieder. In de boezem van de bank zal de overweging hebben meegespeeld dat het succes van het nieuwe effectenlease-product niet wordt bevorderd door de indringende mededeling dat bij een tegenvallende ontwikkeling van de aandelenkoers de afnemer na afloop van de lease-periode zal worden geconfronteerd met een schuld van enkele tienduizenden euro’s.

De maatstaf van art. 6:101 BW heeft, zoals gezien, een tweeledig karakter: eerst een causaliteitsafweging (In welke mate hebben de wederzijds gemaakte fouten bijgedragen aan het ontstaan van de schade?) en vervolgens, zo nodig, een billijkheidscorrectie waarin de uiteenlopende ernst van de fouten tot een andere verdeling kan leiden, ongeacht de mate waarin die

fouten aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen. Bij welk punt op de agenda van art. 6:101 wil de Hoge Raad het geringere gewicht van de fouten die uit lichtvaardigheid van de afnemer voortvloeien besproken zien: bij de causaliteitsafweging of bij de billijkheidscorrectie? De Hoge Raad kiest het eerste alternatief. Het Hof had met betrekking tot de mate waarin de fouten van Dexia en de afnemer aan de schade hebben ‘bijgedragen’ (causaliteit) overwogen dat aan hun nalatigheden ‘gelijk gewicht’ toekomt. Toepassing van de billijkheidscorrectie bracht het Hof vervolgens tot het besluit om niet vijftig, maar slechts twintig procent van de schade toe te rekenen aan de afnemer. Met verwijzing naar het uitgangspunt dat fouten die uit lichtvaardigheid van de afnemer voortvloeien minder zwaar wegen, brak de Hoge Raad de staf over het oordeel van het Hof ‘omtrent de causaliteitsafweging’ (rov. 4.16.2).

Het is zeer de vraag of het geringere gewicht van fouten uit lichtvaardigheid zinvol kan worden opgevat als een kwestie van causaliteit. Bij de causaliteitsafweging van art. 6:101 BW gaat het om het vaststellen van de hoegrootheid van de kans op schade die de wederzijdse gedragingen of nalatigheden hebben teweeggebracht. Bij zaak- en letselschade kan men daarmee nog wel uit de voeten. Bij nacht en ontij vindt een aanrijding plaats tussen twee auto’s. De eerste auto reed met een snelheid van 120 km/uur in de bebouwde kom. De tweede auto was onvoldoende verlicht. Het oordeel dat de eerste verkeersovertreiding een grotere kans op schade in het leven heeft geroepen dan de tweede is niet onbegrijpelijk. Veel minder overtuigend is het oordeel dat het niet voldoende indringend waarschuwen voor de mogelijkheid van een restschuld een grotere kans op schade tot gevolg heeft dan het achterwege laten van iedere inspanning om die voor de hand liggende mogelijkheid zelf uit de inhoud van het contract af te leiden. Let wel, bij de causaliteitsafweging gaat het niet om de mate van verwijtbaarheid, maar om de omvang van de kans op schade.²³

Het hinkelspel van art. 6:101 BW blijkt voor menig feitenrechter een struikelblok. Het blijft onduidelijk waarin de voorde-

len van een onderling onderscheiden causaliteitsafweging en billijkheidscorrectie zijn gelegen. De aanpak onder het oude recht, die inhield dat de gewichtsverdeling van de wederzijdse fouten in één, ononderbroken, gang werd bepaald, was zo kwaad nog niet.

Aan het slot van het Dexia-arrest maakt de Hoge Raad terloops reclame voor het oordeel van het Hof in de belendende Levob-zaak. In die zaak verminderde het Hof de vergoedingsplicht van de bank tot zestig procent van de door de afnemer geleden schade. Een verlies van veertig procent moest de afnemer voor eigen rekening nemen en afboeken onder de post 'lichtvaardigheid en/of gebrek aan inzicht'. De Hoge Raad: 'Een zodanige verdeling kan ook in andere geschillen omtrent effectenlease-overeenkomsten waarbij ten aanzien van de financiële positie van de particuliere afnemer soortgelijke vaststellingen worden gedaan, tot uitgangspunt worden genomen'.

De relatieve lichtheid van lichtvaardigheid

Waarom weegt lichtvaardigheid die leidt tot onvoldoende zorg voor het eigen belang minder zwaar dan te gretig winst-oogmerk, waardoor de zorg voor het belang van de ander tekortschiet? Hoe sterk is het pleidooi van de teleurgestelde afnemer die zegt: inderdaad, ik geef het toe, als ik een half uur had besteed aan bestudering van de kenmerken van het Levob Hefboomeffect, had ik mij een hoop ellende kunnen besparen, maar toch eis ik dat de Bank mijn schade vergoedt; zij had mij tegen mijn lichtvaardigheid moeten beschermen? De Hoge Raad vindt het betoog overtuigend genoeg om toekenning van meer dan vijftig procent van de geeïste schadevergoeding te rechtvaardigen.

De zorgplicht van de bank is een altruïstische plicht. Zij strekt ertoe, in de woorden van de Hoge Raad, 'de wederpartij te waarschuwen tegen het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's of van risico's die hij redelijkerwijze niet kan dragen'. Bij een andere gelegenheid formuleerde de Hoge Raad een verwante altruïstische regel die 'juist ertoe strekt ook aan een

onvoorzichtige koper bescherming te bieden' (cursivering ook in het origineel).²⁴ Waarop berust de plicht om onze lichtvaardige en onvoorzichtige medeburgers bijzondere bescherming te bieden? Klinkt hier de nagalm van de Bergrede: 'Zalig de armen van geest, want hunner is het Koninkrijk der hemelen.'²⁵ In ieder geval zijn wij hier mijlenver verwijderd van de geest van het Romeinse recht met zijn zelfverzekerd egocentrisme. Recht in de ikvorm: *vigilavi*, ik heb opgelet, ik heb mijn positie verbeterd, de andere schuldeisers hebben zitten slapen; het burgerlijk recht is geschreven voor de waakzamen (*ius civile vigilantibus scriptum est*).²⁶

Nogmaals: hoe valt de relatieve lichtheid van lichtvaardigheid te verklaren? Is *Heden Gij, Morgen Ik* wellicht een betere verklaring? Wie van ons zonder zonde is, werpe de eerste steen. Lopen wij niet allemaal de gereede kans dat wij ons op een kwade dag zullen voegen bij de schare lichtvaardige en onvoorzichtige contractanten? Aan de horizon verschijnt zo de wereldwijd stralende gulden regel: behandel de ander zoals je wilt dat de ander jou behandelt.²⁷ Zou ik, CEO van een van onze grote banken, het op prijs stellen wanneer het reisbureau mij beschermt tegen mijn lichtvaardige voornemen om in december met vakantie naar Bali te gaan (niet doen, meneer: regen, regen, regen)? Zo ja, laat ik dan mijn personeel opdracht geven klanten die aanschaf van een effectenlease-product overwegen indringend te waarschuwen voor het risico van een restschuld.

De constatering dat wij onszelf herkennen in onze lichtvaardige en onvoorzichtige medemens, biedt nog geen verklaring voor het oordeel van de Hoge Raad dat fouten die voortvloeien uit lichtvaardigheid minder zwaar wegen dan de fout van de aanbieder die in zijn ijver om zijn product aan de man te brengen de schaduwzijden van het product wat minder prominent in de etalage zet. Ook op dit punt is niets menselijks ons vreemd. Niet alleen producenten van cosmetica wekken overspannen verwachtingen met betrekking tot het resultaat van hun producten, ook de moderne hoogleraar zet zichzelf voordelig, maar niet goedkoop, in de etalage en formuleert

ronkende onderzoeksvoorstellen waarin zorgvuldig wordt nagelaten te waarschuwen voor de reële kans dat het onderzoek niets oplevert en het geïnvesteerde geld dient te worden aangemerkt als weggegooid.

Kortom: de Hoge Raad is ons nog enige uitleg schuldig met betrekking tot het waarom van het geringere gewicht van fouten die voortvloeien uit lichtvaardigheid. In het Dexia-arrest blijft de motivering steken in het stadium *waarom, daarom*. De zorgplicht van de bank strekt ertoe de afnemer te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid. *Daarom* wegen fouten die uit lichtvaardigheid van de afnemer voortvloeien minder zwaar dan de fout van de bank, aldus de Hoge Raad (rov. 4.16.2). De redengevende kracht is niet indrukwekkend. Ik heb nagelaten de bestuurder van de auto erop te wijzen dat hij zijn veiligheidsriem niet heeft vastgemaakt. Waarom zou mijn plichtsverzuim zwaarder wegen dan de eigen schuld van de bestuurder?

Zonde in recht en religie

Recht en religie hebben naast het gebod en het verbond nog een derde kernbegrip gemeen: de zonde. De Heer vermaande Kaïn: 'De zonde ligt op de loer, begerig om jou in haar greep te krijgen; maar jij moet sterker zijn dan zij'. Kaïn faalde: 'Ben ik mijns broeders hoeder?'.²⁸ Wij moeten sterker zijn dan de zonde, maar valt het ons aan te rekenen als de zonde de overwinning behaalt? Het aansprakelijkheidsrecht berust op twee grondslagen: schuld en risico. De laatste is in opkomst. Ook al heeft de limonadefabrikant de grootst mogelijke zorg besteed aan de deugdelijkheid van zijn flessen, als op een kwade dag een fles explodeert, is hij aansprakelijk, ook zonder dat hem enig verwijt treft. Springlevend is ook nog steeds de eerste bron: schuld. 'U had niet alleen anders *moeten* handelen, U had ook anders *kunnen* handelen'. Het aansprakelijkheidsrecht laat weinig ruimte voor het psychologisch excuus: 'Ik geef het toe, ik heb hem geslagen, ik ben nu eenmaal opvliegend, kan ik het helpen? Dit argument zal niet snel worden gehonoreerd. Hoe is het op dit punt gesteld met de zonden van aanbieder en afnemer van effentenlease-producten? Dexia had de zonde die

bij haar op de loer lag (te gretig winstooigmerk) zeker kunnen overwinnen. Aan de zijde van de afnemer legt de Hoge Raad lichtvaardigheid in de weegschaal.

Onder de zeven canonieke zonden is de positie van lichtvaardigheid onomstreden. Als *accidia* (afgeleid van *ακηδεια*; nalatigheid) ziet zij in de christelijke zondeleer vooral op lichtvaardigheid met betrekking tot de nakoming van religieuze plichten. Evenals hebzucht is lichtvaardigheid een ambivalente drijfveer. Ingrijpende gebeurtenissen in de wereldgeschiedenis zouden zonder lichtvaardigheid nimmer hebben plaatsgevonden. Met drie kleine schepen zette Columbus in 1492 koers naar China en Japan. Een lichtvaardig besluit. Hij zou het niet hebben kunnen navertellen, als niet halverwege Amerika had gelegen.

In het aansprakelijkheidsrecht is vooral de negatieve zijde van lichtvaardigheid van belang; zij is de belangrijkste bron van letselschade. Een plastic emmertje met onbekende inhoud aan de straatkant gezet? Wie denkt nu aan natronloog dat in het oog van de vuilnisophaler kan terechtkomen?²⁹ Sedert 1919 (Lindenbaum/Cohen) gaat het aansprakelijkheidsrecht ervan uit dat lichtvaardigheid civielrechtelijk een zonde is die de gedaagde niet alleen had *moeten*, maar ook had *kunnen* overwinnen.

Met betrekking tot dit gedeelde begrip van de zonde moeten recht en religie gemene zaken maken tegen die (rechts)psychologen die het recht opvatten als 'een gedragstechnologie'.³⁰ De psycholoog Skinner schrijft in zijn *Beyond Freedom and Dignity*, in het hoofdstuk *A Technology of Behaviour*:

'Two features of autonomous man are particularly troublesome. In the traditional view a person is free. He is autonomous in the sense that his behaviour is uncaused. He can therefore be held responsible for what he does and justly punished if he offends. That view, together with its associated practices, must be re-examined when a scientific analysis reveals unexpected controlling relations between behaviour and envi-

ronment. (...) Personal exemption from a complete determinism is revoked as a scientific analysis progresses, particularly in accounting for the behaviour of the individual'.³¹

Autonomous Man blijft voorlopig de spil van het recht. Weinig delfstof valt te winnen in de barre streken *beyond freedom and dignity*. Terugkomend op de belijdenis van de Protestantse kerk in Nederland: 'Wij zijn geneigd tot alle kwaad'. Let wel, geneigd, niet gedoemd.³² Ook de Louteringsberg, het Rooms-katholieke reclaseringsinstituut voor overleden zondaars, kent het strijdmiddel om de aanvechtingen van het kwaad te overwinnen: de vrije wil.³³

Waarom meer dan de helft voor rekening van de bank? Drie andere verklaringen

De lagere rechter is onder het Dexia-regime gehouden het grootste deel van de schade voor rekening van de bank te laten. Fouten van de afnemer die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien wegen minder zwaar.³⁴

Drie andere verklaringen voor aansprakelijkheid van de bank, steeds voor meer dan vijftig procent, moeten nog onder ogen worden gezien. Zij zijn te putten uit de *topos* 'andere omstandigheden van het geval'.

In de eerste plaats kan een beroep worden gedaan op een onderrechtseconomien geliefd argument: banken beschikken over een aanzienlijk grotere *loss spreading capacity* dan de individuele afnemer. In 2001, het hoogtij van de effectenlease-markt, waren 700.000 contracten afgesloten met een totale waarde van 6,5 miljard. Zes procent van de Nederlandse gezinnen had een effectenlease-product in huis.³⁵ Als de banken het grootste deel van de geleden schade voor hun rekening moeten nemen, kunnen zij dit verlies spreiden over hun wereldwijd gevestigde aandeelhouders en als dat nog niet voldoende is, kunnen zij een beroep doen op staatssteun. In dat laatste geval is sprake van solidariteit in *optima forma*. De verliezen van zes procent van de gezinnen worden mede gedragen door honderd procent

van de gezinnen die belasting betalen.

In de tweede plaats kan worden gewezen op het feit dat het hier gaat om B2C contracten (B2C, *Business to Consumer*, sms-taal voor consumententransacties). De Hoge Raad overweegt dat de zorgplicht van de bank strekt tot bescherming van de *particuliere* wederpartij (rov. 5.2.2.). Wordt de aansprakelijkheid van de bank voor meer dan de helft van de door de particuliere wederpartij geleden schade niet reeds gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de wederpartij consument is? Consument? Wat zijn de kenmerken van dit knuffelbeest? Recent heeft Norbert Reich de consument gekwalificeerd als *homo oeconomicus passivus*.³⁶ De typering kon niet ongelukkiger zijn. *Homo oeconomicus* is de consument zeker; hij maakt dagelijks keuzes over investering in schaarse goederen en diensten. Passief is hij stellig niet. Reich bedoelt met *homo oeconomicus passivus*, die hij ook aanduidt als *passive market citizen*, de marktpartij die de goederen en diensten niet zelf produceert, maar slechts afneemt. Afnemer zijn is echter wat anders dan een lijdelijke rol vervullen. De afnemer moet in de eerste plaats zelf de voor- en nadelen van de aangeboden goederen en diensten beoordelen. In zoverre vergt iedere consumententransactie van de particuliere wederpartij een stevige portie zelfbediening.

Het consumentenrecht slaat de verkeerde weg in als de bescherming ertoe leidt dat de autonomie van de consument op een laag pitje wordt gezet. Van beide vormen van contractueel altruïsme: paternalisme en fraternalisme, is het eerste een randverschijnsel. De verkoper in een Doe Het Zelf-winkel, geconfronteerd met een verwarde klant die twee meter stevig touw nodig heeft, omdat hij 'klaar is met het leven', is niet alleen *bevoegd*, maar ook *verplicht* tot contractsweigering. Paternalisme gaat noodzakelijkerwijs gepaard met infantilisering van de ander. Als die ander een kind is, bestaat daartegen weinig bezwaar. Een kind van twaalf jaar dat slachtoffer is geworden van het gemotoriseerd verkeer, krijgt honderd procent van zijn schade vergoed, ook al is zijn eigen bijdrage aan het ontstaan van het ongeval zeer aanzienlijk.³⁷ Voor de volwassenen,

geestelijk stabiele afnemer van een effectenlease-product geldt dit niet. Zijn hoedanigheid van consument geeft hem geen recht op de volgende troostprijs:

‘Droog uw tranen. U heeft iedere inspanning om de effectenlease-overeenkomst te begrijpen, achterwege gelaten. Als U beter had opgelet, had U uzelf een aanzienlijk verlies bespaard. Toch krijgt U, als *passive market citizen*, het grootste deel van uw schade vergoed’.

De derde en meest steekhoudende verklaring voor toerekening van het kleinste gedeelte van de schade aan de lichtvaardige afnemer, is de volgende: hoe zwaarder de sanctie op lichtvaardigheid, des te groter de argwaan die nodig is bij het aangaan van overeenkomsten. Een vlot verloop van het contractueel verkeer is gebaat bij een zekere lichtvaardigheid. Als iedereen die bij een NS fietspoint zijn handtekening zet onder een huurcontract eerst het contract zou gaan bestuderen om na te gaan of de fiets wel adequaat is verzekerd tegen diefstal, zou dat op zonnige dagen leiden tot filevorming. Nederland behoort tot de *High Trust* samenlevingen (Fukuyama)³⁸, hetgeen wil zeggen dat Nederlanders, anders dan Italianen, vertrouwen hebben in maatschappelijke instituties buiten het stamverband van de familie, zoals rechterlijke macht en gezondheidszorg. Het traditionele vertrouwen in het bankwezen³⁹ is recent danig op de proef gesteld, maar dat neemt niet weg dat herstel van dat vertrouwen essentieel is. Het is van groot belang dat het recht doeltreffende bescherming biedt aan het vertrouwen van burgers dat banken geen intrinsiek onveilige producten op de markt brengen. Een effectenlease-overeenkomst die de afnemer bij daling van de aandelenkoers confronteert met een schuld van tienduizenden euro's, zonder hem indringend te waarschuwen voor deze niet geheel denkbeeldige mogelijkheid, is een intrinsiek onveilig product. Dat betekent niet dat de afnemer de contractvoorwaarden ongestraft ongelezen kan laten, maar wel dat de schending door de bank van het vertrouwen in de veiligheid van haar financiële producten, voldoende rechtvaardiging biedt voor toerekening van het grootste deel van de

schade aan de bank.

Drie beginselen van contractenrecht

Het van partijen geleverde altruïsme moet gericht zijn op versterking van de autonomie van de ander.⁴⁰ Stel hem in staat weloverwogen keuzes te maken. Dit is ook het verschiep van de nieuwe regels over oneerlijke handelspraktijken:

‘Een misleidende omissie is iedere handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.’ (art. 6:193d lid 2 BW).

Tekst en context van deze bepaling bevatten een kleine catechismus van het contractenrecht. Iedere (wederkerige) overeenkomst, ook de consumentenovereenkomst, berust wederzijds op het besluit om zich te verbinden tot een prestatie *teneinde* een wederprestatie in de wacht te slepen. Voor ons dagelijks brood moeten we het niet hebben van de welwillendheid van de bakker (Adam Smith). Van zijn kant is de bakker voor zijn inkomen niet aangewezen op onze vrijgevigheid, maar op onze bereidheid voor ons dagelijks brood een prijs te betalen. Het zich over en weer contractueel verbinden heeft een doelloorzakelijke structuur (causa-beginsel).

Iedere overeenkomst, ook een consumentenovereenkomst is een *trans-actie*; over en weer wordt actie verwacht. Wat moet ik te weten komen om een weloverwogen (geïnformeerd) besluit over het aangaan van de aangeboden transactie te nemen? Lig hier een taak voor mijzelf? (autonomie).

Mag ik verwachten dat de wederpartij mij essentiële informatie verschaft, zo ja, welke? De werkelijke prijs van het product? Ja.⁴¹ Het feit dat hetzelfde product elders goedkoper wordt aangeboden? Nee (fraternalisme, vertrouwen in het altruïsme van de wederpartij). Drievoud is kenmerk van het ware.

Dertig jaar geleden, woensdag 21 februari 1979, te klokke 16.15 uur stond ik ook in dit Groot-Auditorium, een paar treden lager. Gedreven door een combinatie van hebzucht, lichtvaardigheid en vindingrijkheid, had ik mijn zinnen gezet op verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid. De hoogleraar Bloembergen was bereid op te treden als promotor. Mijn beide paranimfen Crol en Van Schendel hadden eveneens een staanplaats. Vandaag zitten zij hier comfortabel in de banken. Zij zijn inmiddels pijlers van zittende magistratuur. In de loop der jaren ben ik tot het inzicht gekomen dat mijn proefschrift een heldere probleemstelling mist. Dat verzuim wil ik vandaag herstellen. Berust het contractenrecht op beginselen? Zo ja, hoeveel? Het antwoord is te vinden in de eerste zin van het proefschrift: 'De verbindende kracht van een overeenkomst berust op drie beginselen.' In 1979 volgde een levendig debat. Na drie kwartier was de pedel voldoende geïnformeerd. Hij brak de gedachtewisseling ruw af: *hora est*. De pedel is er vandaag wel, maar je hoort hem niet. Daarom zeg ik het zelf maar:

HORA EST

Noten

- 1 Zie daarover Rb. Arnhem, 15 april 2009, NJF 2009, 252.
- 2 Genesis, 9: 8-11.
- 3 Lucas, 10: 27.
- 4 Hoge Raad 10 april 1998, NJ 1998, 666. Kritisch over de hantering van de verkeersopvatting in dit arrest P. Meme-link, *De verkeersopvatting*, Den Haag 2009, p. 152.
- 5 Catechismus van Heidelberg, vragen 8 en 5.
- 6 Adam Smith, *The Wealth of Nations*, I, ii.
- 7 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Boek 8 (1157 a 15), Vertaling Christine Pannier en Jean Verhaeghe, Groningen 1999, p. 249.
- 8 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67; Baris/Riezenkamp.
- 9 C.E. du Perron, *Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht*, opgenomen in *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, p. 186.
- 10 M.W. Hesselink, *The horizontal effect of social rights in European contract law*, opgenomen in *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, p. 129.
- 11 Zie daarover in dezelfde zin, Alex Geert Castermans, *De burger in het burgerlijk recht*, Den Haag 2009, p. 57.
- 12 Ovidius, *Metamorfosen*, XI, 90 e.v.
- 13 F.M. Dostojewski, *De Speler*, opgenomen in Dostojewski, *Verzamelde Werken IV*, Amsterdam 1957, p. 310 (Vertaling Hans Leerink).
- 14 HR 24 januari 1997, NJ 1997, 260.
- 15 Zie daarover ook Merel van Asch in, *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, (Van Boom, Tuil en Dijkshoorn, red.) Den Haag 2008: 'De Europese wetgever zou (...) de inzichten uit psychologie en behavioral law and economics kunnen gebruiken om wetgeving tot stand te brengen, die beter aansluit bij hoe de consument zich in de praktijk gedraagt. Op basis hiervan zou zij kunnen legitimeren dat het soms wenselijk of zelfs noodzakelijk is om paternalistischer op te treden.' (p. 64 e.v.).
- 16 C.E. du Perron, *Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht*, opgenomen in *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, p. 192.
- 17 C.E. du Perron, *Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht*, opgenomen in *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, p. 192.
- 18 HR 13 november 1987, NJ 1988, 278.
- 19 HR 5 juni 2009, LJN: BH2815.
- 20 HR 5 juni 2009, LJN: BH2811.
- 21 HR 5 juni 2009, LJN: BH2822.
- 22 Een soortgelijke aanwijzing viel ook reeds te lezen in een arrest over de optiehandel; zie HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192.
- 23 HR 5 juni 2009, LJN: BH2811; Levob: 'Voor zover het onderdeel berust op de opvatting dat het bij de causaliteitsafweging van art. 6:101 BW gaat om de mate van verwijtbaarheid van de wederzijds gemaakte fouten, faalt het. Die opvatting is onjuist.' (rov. 4.9.3.).
- 24 HR 10 april 1998, NJ 1998, 666.
- 25 Matteüs 5: 3.
- 26 Alii creditores suae neglegentiae expensum ferre debeant. (...) Sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est, Digesten, 42, 8, 24. Zie daarover P. van Schilfgaarde, WPNR 6428, p. 25.
- 27 Matteüs 7: 12.
- 28 Genesis 4: 7-9.
- 29 HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614.
- 30 D.J. Hessing en P.J. van Koppen, *Het Hart van de Zaak*, Psychologie van het Recht, Deventer 1997, p. 1.
- 31 B.F. Skinner, *Beyond Freedom and Dignity*, Harmondsworth 1973, p. 25 e.v.
- 32 Andreas Kinninging, *Geografie van goed en kwaad*, Utrecht 2005, p. 129.
- 33 e libero voler; che, se fatica
ne le prime battaglie col ciel dura,
poi vince tutto, se ben si notrica.
en 'n vrije wil die, als de eerste ronde
doorstaan is die hij tegen de hemel vecht,
mits goed gevoed, in elk gevecht zal winnen.
Dante, *Divina Commedia*, Purgatorio, XVI, 76-78, vertaling Rob Brouwer.

- 34 Zie hierover ook S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer 2006, p. 436
- 35 Gegevens ontleend aan de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense (2.6); HR 5 juni 2009, LJN: BH2815.
- 36 Micklitz/Reich/Rott, *Understanding EU Consumer Law*, Antwerpen 2009, p. 50.
- 37 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720.
- 38 F. Fukuyama, *Trust: the social virtues and the creation of prosperity*, New York 1995.
- 39 R.H.J. Mosch and H.M. Prast, *Confidence and Trust: empirical investigations for the Netherlands and the financial sector*, Occasional studies, vol. 6/No. 2 (2008): 'The good news is the high level of trust in financial institutions and DNB, whereas trust in the integrity of business is clearly lower than that in financial institutions.' (p. 3).
- 40 Zie daarover T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek*, Deventer 2006, p. 365: 'Zorg is gericht op alle belangen van de zorgontvanger *waaronder* het belang van autonomie als vermogen. Autonomie is een doel van zorg'.
- 41 Zie art 6: 193 e onder c.

PROF. MR. J.H. NIEUWENHUIS



Contracteren berust onmiskenbaar op een égoïsme à deux. Erkenning van die drijfveer sluit niet uit dat het contractenrecht van beide partijen een stevige dosis altruïsme verlangt. Aan de hand van het recente Dexia-arrest worden twee typen van contractueel altruïsme ontleed: paternalisme en fraternalisme.



Universiteit Leiden