

Reasonable expectations of honest men

REASONABLE EXPECTATIONS OF HONEST MEN
Over privaatrecht, contractenrecht en vertrouwen

Reasonable expectations of honest men

REASONABLE EXPECTATIONS OF HONEST MEN
Over privaatrecht, contractenrecht en vertrouwen

Rede

Uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van hoogleraar privaatrecht aan de Open Universiteit Nederland op vrijdag 7 oktober 2005

Door

mr. J.G.J. Rinkes

*Geachte rector,
Dames en heren,*

A theme that runs through our law of contract is that the reasonable expectations of honest men must be protected. It is not a rule or a principle of law. It is the objective which has been and still is the principal moulding force of our law of contract. It affords no licence to a Judge to depart from binding precedent. On the other hand, if the prima facie solution to a problem runs counter to the reasonable expectations of honest men, this criterion sometimes requires a rigorous re-examination of the problem to ascertain whether the law does indeed compel demonstrable unfairness. Aldus Lord Justice Steyn in de zaak *First Energy v. HIB Lloyd's* Law Reports [1993] 2 196. Allereerst moet worden vastgesteld dat de discussie rond dit thema te maken heeft met de vraag wat precies de rol is van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht, en moet worden onderkend dat in het Engelse recht¹ sprake is van een tegenzin om deze algemene norm te accepteren in verband met een *fundamental difference in philosophical approach between the common law and civil law*. Echter, gesteld mag worden dat de verschillen minder groot zijn dan op het eerste gezicht lijkt: *the conceptual structure of the two families might not be ready for harmonisation, maar in truth the development of a common law of obligations throughout Europe might depend on whether one is an optimist or a pessimist.*² Hesselink merkt op: de figuur zelf hoeft common- en civil law juristen niet verdeeld te houden.³ Daarom stel ik vandaag de vraag of de bescherming van *reasonable expectations of honest men* als gegeven algemene gelding heeft. En zo ja, wat zijn dan de consequenties ervan voor met name de privaatrechtswetenschap en het Nederlandse contractenrecht? De regel is uiterst herkenbaar, maar blijft niet zelden onderbelicht.

Ik geef enkele voorbeelden

Een mevrouw wordt slachtoffer van een verkeersongeval en krijgt een post-whiplash syndroom. Zij is ingevolge de polisvoorwaarden verplicht zich te laten onderzoeken door een door de verzekeraar aan te wijzen arts (in dit geval: een psychiater). Deze stelt vast dat ze voor minder dan 25% arbeidsongeschikt is, en dus geen recht heeft op uitkering. Het slachtoffer is het hiermee niet eens en start een procedure voor het Regionaal tuchtcollege. Haar klacht wordt gedeeltelijk gegrond verklaard, en blijft in stand als de psychiater beroep instelt bij het Centraal Tuchtcollege voor Gezondheidszorg. De verzekeraar weigert echter uitkering te doen. Vervolgens dient de verzekerde een klacht in bij de Raad van Toezicht Verzekeraars, waar zij opnieuw gelijk krijgt. Uiteindelijk krijgt zij een vergoeding, glashelder.⁴ Zij wenst echter ook de kosten van alle buitengerechtelijke procedures vergoed te krijgen; tenslotte zijn de procedures ingezet om van de verzekeraar gedaan te krijgen dat niet langer gebruik wordt gemaakt van een jegens haar onrechtmatig medisch rapport, en aldus haar schade ongedaan te maken. Wat zou uw verwachting zijn? De kosten komen niet voor

¹ E.H. Hondius, Kroniek Algemeen, NTBR 2005/7, op p. 318.

² G.H. Samuel/J.G.J. Rinkes, Contractual and non-contractual obligations in English law, diss. Maastricht/Nijmegen 1992, p. 257-258.

³ M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, diss. Utrecht/Deventer 1999, p. 437. Smits is stellig: *Legal diversity will remain part of a future Europe*, J.M. Smits, The Good Samaritan in European Private Law, oratie UM/Deventer 2000, p. 46.

⁴ NJ 2005, 324.

vergoeding in aanmerking: de Hoge Raad is evident bezorgd dat benadeelden tuchtrechtelijke procedures gaan gebruiken als voorportaal voor civiele procedures. Het is de vraag of deze bezorgdheid reëel is, en of er werkelijk een problemen zouden ontstaan als dat wel zou gebeuren. Bij de afwegingen van de Hoge Raad lijkt belangrijk te zijn dat het slachtoffer de dubbele tuchtprocedures (medisch en verzekeringstechnisch) niet had hoeven te gebruiken; ze had ook direct naar de gewone rechter kunnen gaan. Alle vertrouwen in de gewone rechter, dat siert. Een redelijke grondslag?

De problematiek van de afgebroken onderhandelingen staat eveneens in het teken van redelijk vertrouwen. In de uitspraak van de Hoge Raad van 12 augustus jl. worden enkele knopen doorgemaakt. Bij onderhandelingen over bouwgrond te Arnhem lopen de zaken vast als gediscussieerd wordt over de hoogte van het honorarium en de overige voorwaarden voor samenwerking. De onderhandelingen worden afgebroken, terwijl de wederpartij stelt dat deze in een dusdanige eindfase waren geraakt⁵ dat bij haar de gerechtvaardigde verwachting bestond dat tussen partijen overeenstemming zou worden bereikt. De Hoge Raad consolideert bestaande rechtspraak en doctrine op dit punt: de maatstaf voor schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen is dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Ook kan van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan. Bij de beoordeling van dit alles wordt erkend dat sprake kan zijn van fluctuerende fasen in dit proces (er kan worden dooronderhandeld ondanks onvoorziene omstandigheden en dan alsnog worden afgebroken), en tevens dat de kwestie beoordeeld moet worden op het moment van afbreken tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen. Dit is echter - aldus de Hoge Raad – een strenge en tot terughoudendheid nopenende maatstaf.

De praktijk van de automatische incasso heeft kort geleden geleid tot dogmatische perikelen. Voordat hij faillieert, ontvangt een crediteur door middel van automatische incasso bedragen van debiteuren op zijn bankrekening. In faillissement heeft de bank op verzoek de bedragen teruggeboekt (stornering) op basis van het incassocontract. De curator zag deze penningen aan de neus van de failliete boedel voorbij gaan en betwist de bevoegdheid van de bank tot terugboeking. De Hoge Raad oordeelt⁶ na uitleg van het incassocontract dat hier sprake is van een betaling onder de opschortende voorwaarde dat de ontbindende voorwaarde van het recht tot terugboeking niet wordt uitgeoefend. Van Schilfgaarde vindt dit een voorbeeld van een geval waarin alle juridisch-technische vaardigheden moeten worden ingezet om tot een voor de praktijk bevredigende oplossing te komen. De opbouw van het privaatrecht als technisch-juridisch – en in zoverre gebrekkig – systeem is een gegeven, maar wel bedenkelijk. Van Schilfgaarde heeft echter vrede met de oplossing: liever zo dan geheel uit de vrije hand. De Hoge Raad heeft er aldus 'nog iets moois van gemaakt', al wordt erkend dat juridisch-technische en boekhoudkundige termen in dit uitlegcircus leiden tot een geheel nieuwe juridische kwalificatie (betaling onder opschortende voorwaarde) die niet op een

⁵NJ 2005, 93.

⁶NJ 2005, 200 m.nt. PvS.

feitelijk oordeel berust. Wél relevant lijkt te zijn dat het onvoorwaardelijke (boekhoudkundige) terugboekingsrecht de automatische incasso voor het grote publiek aanvaardbaar maakt. De zekerheid dat de automatische incasso onmiddellijk ongedaan kan worden gemaakt zorgt ervoor dat deze op grote schaal wordt gebruikt. De curator had daar in casu weinig tegen in te brengen.

Eerlijke en accurate waarheidsvinding is niet zelden een probleem. In Hoge Raad 9 juli 2004⁷ waren aan de orde perikelen rond de levering van planten (*Zamioculcas zamiifolia*) met bepaalde kwaliteitseisen, te leveren in potmaten van respectievelijk 17 en 18 centimeter doorsnee. Partijen verschillen onder meer van mening over de gemaakte afspraken en leveringscondities, en bieden bewijs aan. De rechter is in beginsel gehouden een dergelijk bewijsaanbod te honoreren, behalve als het niet ter zake dienend is. Dat is het geval voor zover de te bewijzen aangeboden feiten en omstandigheden, indien bewezen geacht, niet van invloed kunnen zijn op de te nemen beslissing. Gaat de rechter echter voorbij aan een bewijsaanbod op basis van zijn inschatting dat wat getuigen zullen verklaren van onvoldoende gewicht zal zijn om de gestelde feiten en omstandigheden bewezen te achten, dan is sprake van – ontoelaatbaar - prognosticeren op de uitkomst van het geschil. Die uitkomst moet gebaseerd zijn op onbevangen bewijswaardering: wat bewezen moet worden, mag eerst ná getuigenverhoor worden beantwoord, en niet daarvóór. En heimelijk prognosticeren is zeker niet toegelaten (althans: dat mag niet doorklinken in het uiteindelijk vonnis).

Door het contractenrecht loopt als een rode draad de regel dat gerechtvaardigde (redelijke) verwachtingen van eerlijke burgers moeten worden gerespecteerd. Sprekend over de rol van het contractenrecht wordt betoogd dat de kern daarvan moet zijn ‘fulfilling the reasonable expectations of honest men’⁸. We spreken daarbij over de eisen van redelijkheid en billijkheid, die als zodanig verwijzen naar ongeschreven objectief recht.⁹ De aloude uitdrukking ‘goede trouw’ is in het huidige BW gereserveerd voor ‘subjectieve’ goede trouw, en is gescheiden van de eerder genoemde eisen van redelijkheid en billijkheid. Toepassing van die eisen vraagt – kort gezegd – meestal een feitelijk onderzoek en een waardering van ongeschreven objectief recht; de wijze waarop de desbetreffende maatstaven worden toegepast betreft een rechtsvraag die in beginsel in cassatie kan worden getoetst. Indien de beoordeling gebaseerd is op feitelijk onderzoek, zullen klachten over de toepassing ervan doorgaans in cassatie vruchteloos worden voorgesteld. Gaat het echter om essentiële stellingen van partijen, dan kan de enkele overweging dat het aangevoerde onvoldoende is, niet volstaan, zelfs niet nu bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) terughoudendheid is geboden.¹⁰

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat het rechterlijk ingrijpen¹¹ in de rechtsverhouding tussen partijen met terughoudendheid en goed gemotiveerd dient te geschieden. Dit zal bijdragen aan het vergroten van de rechtszekerheid; voor rechters betekent dit dat – nog – zorgvuldiger moet worden omgegaan met het vaststellen van feiten, omstandigheden en toepasselijke regels. De kern van mijn betoog van vandaag is dat wegens actuele

⁷ HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 270.

⁸ LJ Steyn, *Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men*, LQR 113, 1997, p. 433 e.v.

⁹ Asser-Hartkamp 4-I, nr. 302a, G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*, Mon. NBW A-5, Kluwer (Deventer) 1994.

¹⁰ HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (GTI/Zürich) en HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 271.

¹¹ Ik verwijs voor een actuele discussie korthedshalve naar de NJB-special 2005 nr. 36: *Tunneldenken in het civiele recht*.

ontwikkelingen er een dringende noodzaak bestaat om naast de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook subjectieve maatstaven toe te laten in het Nederlandse verbintenissenrecht. Bij de toepassing van het ongeschreven subjectieve recht dat de rechtsbetrekking tussen contractspartijen mede beheerst, is een oordeel over de innerlijke gezindheid van partijen ('niet beter weten' of 'niet beter behoren te weten') hernieuwd aan de orde. Het is de vraag hoe dit oordeel geplaatst moet worden in de rechtsvindingsmethode. Een bijkomend voordeel is dat toepassing van deze 'gerestaureerde' maatstaven een beter inzicht kan bieden in de argumentatie van juridische beslissingen, en als zodanig kan bijdragen tot een beter toetsbaar en meer open stelsel.

De regel dat redelijke verwachtingen van eerlijke burgers moeten worden gerespecteerd heeft onder meer zijn beslag gekregen in de maatstaven voor aanvulling of beperking van de gevolgen van overeenkomsten, en in de regels waarmee contracten moeten worden uitgelegd. Daarbij ligt in het huidige Nederlandse privaatrecht de nadruk op de (objectieve) maatstaven van redelijkheid en billijkheid; de meer subjectieve verwijzing naar 'honest men' voegt daar – naar algemeen werd aangenomen - weinig aan toe. Recente ontwikkelingen in het Europese (privaat)recht noodzaken echter tot heroverweging hiervan: zo zijn er nieuwe regels ontwikkeld die oneerlijke handelspraktijken moeten bestrijden. Tegen de achtergrond van het leerstuk van de redelijke verwachtingen van eerlijke burgers is er echter meer: zowel in het Europese privaatrecht als in de ons omringende landen bestaat een tendens om ook in het contractenrecht het concept van eerlijkheid te herwaarderen. Daarmee betreden we bekend terrein: Hume¹² gaf al aan

That the rule of morality, which enjoins the performance of promises, is not natural (...),

en

¹² Henry D. Aiken (ed.), *Hume's Moral and Political Philosophy*, New York (Hafner Publishing Co.), 1972, op p. 82-83. Geen 'natural state' als bij Hobbes, dus. Overigens liep niet iedereen 'weg' met Hume. Zo merkt Dr. Johnson over Hume op dat diens aanpak is *...to tell all mankind that they have been bubbled for ages and he is the wise man who sees better than they*, *Boswell's Journal of a Tour to the Hebrides with Samuel Johnson, LL.D., 1773, Yale Edition 1961, p. 17*. Tekenend voor Hume is 'Elegance and Neatness'; de stijl van Dr. Johnson is 'Johnsonese', aldus P. Quenell, *A History of English Literature*, Londen (Weidenfeld & Nicolson Ltd.) 1974, p. 202.

It must necessarily be the willing of that obligation which arises from the promise.

Vandaag wil ik u de stelling voorleggen dat de hierboven beschreven ontwikkelingen belangrijke consequenties moeten hebben voor de toepassing van billijkheidsmaatstaven. De stelling is dat het Nederlandse privaatrecht vanuit het gezichtspunt van efficiency en rechtszekerheid er baat bij zou hebben om - naast de objectieve maatstaven van redelijkheid en billijkheid – het concept van eerlijkheid als optelsom van oprechtheid en accuraatheid een duidelijke plaats te geven. Het beginsel dat daarbij uitgangspunt is (reasonable expectations of honest men) wordt algemeen onderschreven; naast de genoemde norm dat oneerlijke handelspraktijken moeten worden tegengegaan is er nog een aantal andere argumenten om deze 'gerestaureerde' toetsingsnorm met meer nauwgezetheid toe te passen.¹³

Door het invoeren van een juridisch concept 'eerlijke handelspraktijken' wordt het Nederlands privaatrecht namelijk tevens verrijkt met een extra dimensie bij de beoordeling van de geldigheid, strekking en doel van het contractenrecht, die mede tot gevolg zou moeten hebben dat de rechtszekerheid en de behoeften van het handelsverkeer een belangrijkere rol krijgen bij de beoordeling van geschillen. In deze openbare les wordt hiertoe een aanzet gegeven. Daarbij wordt met name aandacht besteed aan de effecten van de onderhavige ontwikkelingen op het contractenrecht in algemene zin, en op de wijze waarop rechters de desbetreffende regels zouden kunnen toepassen. Ik zal daarbij met name spreken over het contractenrecht, en niet over andere bronnen van verbintenissen. Tenminste één van de andere bronnen van verbintenissen, de onrechtmatige daad, wordt – zoals collega Hartlief wel eens heeft verzucht – namelijk in hoofdzaak bevolkt door *dishonest men*.

De stelling van vandaag raakt de aard en de inhoudelijke kenmerken van het privaatrecht. Zonder de juridisch wetenschappelijke vuile was buiten te willen hangen: aard en ratio daarvan staan uitdrukkelijk ter discussie in het huidige juridisch-wetenschappelijk discours, niet in de laatste plaats vanuit het perspectief van de plaats en de taak van de rechtspraak op het terrein van het burgerlijk recht en de rol van het juridisch academisch onderwijs.¹⁴

Argumenteren in het recht krijgt daarbij – terecht - volop aandacht¹⁵. De gangbare wijze van argumenteren kan niet voor iedereen door de beugel: als kenmerken van juridisch denken worden genoemd¹⁶ de casusgerichtheid, de historische oriëntatie, het niet vermelden van de achterliggende overwegingen en keuzes (verhullend argumenteren), het gebrek aan feitelijke grondslag van gehanteerde argumenten, de afstandelijkheid, de beperking van de rechtsbronnen tot wetgeving en rechtspraak, en de verwijzing naar de omstandigheden van het geval. Dit zijn voor de rechtstoepasser, de praktijkjurist en de geschillenbeslechter zeer herkenbare kenmerken. Het probleem is echter of, en, zo ja, in welke mate, de rechtspraktijk deze tekortkomingen kan verbeteren. Er zijn ter zake tal van suggesties gedaan. De oplossing kan worden gezocht in een multidisciplinaire,

¹³De term 'gerestaureerd' is ontleend aan de Warenwet en daarop gebaseerde besluiten, die onderscheid maken tussen onbewerkte, verrijkte en gerestaureerde voedingsmiddelen (door 'restauratie' worden hernieuwd stoffen toegevoegd die door industriële bewerkingsprocessen eerder verloren zijn gegaan).

¹⁴ Asser-Vranken, p.1, infra.

¹⁵ Asser-Vranken, Een vervolg, p. 1, infra.

¹⁶ Deze opsomming is ontleend aan E.H. Hondius, Asser-serie: de wereld van J.B.M. Vranken, Privaatrecht Actueel, WPNR 05/6620, p. 363-364.

rechtsvergelijkende of internationale benadering, waarbij argumentatie minder op intuïtieve, en meer op harde(re) informatie zou moeten steunen.¹⁷ Meer radicale oplossingen zijn denkbaar. Moet het rolmodel van de rechter naar de schroothoop? Zelfs wordt door verschillende auteurs de term ‘rechtsvinding’ aan de straat gezet: de rechter als rolmodel voor iedere omgang met het recht heeft voor hen, ook wetenschappelijk, afgedaan.¹⁸ Niet enkel de rechter, maar ook wetenschappers en het academisch niveau van de juridische opleiding staan onder druk. Schoordijk heeft zelfs de vraag gesteld: is er een verband tussen wetenschap en academisch onderwijs?¹⁹ Maar er is meer: het privaatrecht ondervindt toenemende invloed van de rechtseconomie, die van geheel andere premissen uitgaat dan de traditionele rechtswetenschap. Vanuit de rechtseconomie komt de overtuiging dat een *welfare-based approach* zelfs rechtvaardigheid en de ‘notion of fairness’ terzijde kan stellen²⁰, op de enkele grond dat door deze concepten in concrete gevallen onvoldoende wordt bijgedragen tot de bevordering van het algemeen maatschappelijk welzijn. Het juridisch ambacht staat aldus zwaar onder druk, en eminente juristen schromen in dat verband zelfs niet om de vraag te stellen ‘Waartoe is het recht op aarde?’²¹ Deze vraag wil ik vandaag – met uw goedvinden – laten liggen. Wel staat vast dat er werk aan de winkel is voor wetenschappers, docenten, en rechtspraak.

Argumentatie en openheid dienen dus te worden verbeterd. Daarbij moet aandacht uitgaan naar de wijze waarop deze concepten een plaats krijgen in de rechtenopleiding, waar de aandacht echter meer en meer uitgaat naar kwaliteitszorg en het bevorderen van studierendement en doorstroming. Oude instrumenten zouden kunnen worden heroverwogen; bij kwaliteitszorg en zelfwerkzaamheid van studenten moet ik niet zelden denken aan de beroemde Dr. Johnson, die zich in zijn tijd in Oxford (1728 tot 1731) groen en geel ergerde aan de gewoonte in Pembroke college dat een speciaal daartoe aangestelde bediende diverse malen per dag op de deur van iedere student kwam bonken, teneinde te zien of ze aan het werken waren. Afwezigheid werd gemeld bij de Master.²²

Ik ben begonnen met een Engels citaat; de reden daarvoor is dat de Engelse rechtsvindingsmethode bij de bestudering van de stelling van vandaag aandacht verdient. Kenmerkend voor de Engelse benadering van de wetenschap is de kritische houding, die – los van Popperiaanse debatten – het meest beeldend wordt in een preek van dominee William Jackson in 1811 die begon met de opmerking: *St. Paul says in one of his Epistles – and I partly agree with him*²³

Vanuit het Engelse recht komt een ander beeld van rechtsvinding naar voren: klassieke dogmatische betogen zijn niet geliefd, zeker niet in de rechtspraak. Argumentatie in het recht is daar sterk afwijkend, en heeft zijn wortels in een bundeling van concepten en feitencomplexen die door beschrijvend analogisch redeneren tot ontwikkeling zijn

¹⁷ Asser-Vranken, een vervolg, p. 151-154, Hondius, t.a.p.

¹⁸ J.A.I. Wendt, Popper en de rechtswetenschap; kanttekeningen bij het huidige debat, RM Themis 2005/4.

¹⁹ Rede KNAW zie Wendt.

²⁰ Vgl. bijvoorbeeld K.J. Cseres, Competition law and Consumer Protection, diss. Utrecht, Kluwer (Deventer), 2005 waarin gewerkt wordt vanuit het dubbele perspectief van recht en economie: *of justice, fairness and reasonableness on the one hand, and of efficiency on the other*.

²¹ J.H. Nieuwenhuis, Redactionele kanttekeningen, RM Themis 2005, p. 179-180.

²² J. Morris (ed.), The Oxford book of Oxford, Oxford 2002, p. 131.

²³ Morris, a.w., p. 175

gekomen, en niet door geleidelijke ontwikkeling van dogmatische leerstukken.²⁴ Vanuit rechtsvergelijkend perspectief kan worden gesteld dat de toepassing en de ontwikkeling van het Nederlandse privaatrecht baat zouden kunnen hebben bij een meer conceptuele en een meer accurate benadering van feiten, regels en omstandigheden van het geval. De waardering van het feitencomplex en het inzicht in de rechterlijke oordeelsvorming kunnen daardoor verbeterd worden. Ockham's²⁵ *scheermes* kan daarbij goede diensten bieden (geparafraseerd): feiten die niet relevant zijn, moeten worden geëcarteerd. Indien een bevredigende verklaring is gevonden, heeft het geen nut alle andere mogelijke verklaringen nog eens na te gaan. Maar dat is rechterswerk: het is niet de bedoeling te verzanden in theoretische discussies zoals in de zaak Thomson (AP) v. Kvaerner Govan Ltd House of Lords [2003] UKHL 45. Dit betrof een bedrijfsongeval waarbij een werknemer bij reparaties in een schip was gevallen, naar eigen zeggen omdat hij van de ladder was gestapt op een kennelijk daarvoor bedoelde loopplank, die vervolgens zijn gewicht niet bleek te kunnen dragen. De verweerder (werkgever) probeerde de kracht van deze stelling te ondergraven door de werknemer te vragen of hij wist of de plank wel of niet geveerd was; toen deze daar geen antwoord op kon geven, werd betoogd dat zijn weergave van de feiten dus niet correct kon zijn. Een alternatieve redenering werd opgezet, namelijk dat hij onvoorzichtig was geweest en naast de ladder was gestapt. Indien hij daadwerkelijk op de plank had willen gaan staan, zou hij wel geweten hebben of deze wel of niet geveerd was. Voorts werden natuurkundige argumenten in stelling gebracht: resten van de plank waren gevonden onder het slachtoffer, en de werkgever betoogde dat als hij daadwerkelijk door de plank was gevallen de stukken ervan niet onder, maar op hem zouden moeten liggen. De Lords gebruiken Ockham's *scheermes*: als er al een redelijke en bewijstechnisch aannemelijke verklaring is voor het ongeval, is het overbodig om alle mogelijke alternatieve theorieën in detail te bekijken.

Commercial reality

Daarmee is de vraag gesteld op welke wijze de privaatrechtwetenschap en de toepassing daarvan zich zouden moeten ontwikkelen. Daarbij zullen met name vanuit het perspectief van de beginselen van rechtvaardigheid en gelijkheid keuzes moeten worden gemaakt.²⁶ Ik zie de zojuist weergegeven discussie in de rechtswetenschap als een zeer welkome ontwikkeling in de zoektocht naar een eerlijk en accuraat instrumentarium voor het toekomstige Europese privaatrecht: een coherente discussie op de 'marketplace of ideas' kan bijdragen in de zoektocht naar 'truth and truthfulness'.²⁷ Een complicatie daarbij is dat geen sluitend antwoord kan worden gegeven op de vraag wat in een gegeven juridische kwestie precies de waarheid (sincerity) is, terwijl juist bij waarheidsvinding een 'sense of the facts' essentieel is (accuracy)²⁸. En in de zoektocht

²⁴ J.G.J. Rinkes en G.H. Samuel, *Contractual and non-contractual obligations in English Law*, Nijmegen, 1992, p. 262-263.

²⁵ William of Ockham (ca. 1285-1347): *a brilliant and in many ways controversial thinker whose works deserve closer attention than they have heretofore received*, A.J. Freddoso & F.E. Kelly, William of Ockham, *Quodlibetal Questions*, Yale University Press 1991, Vol. 1, op p. xxi. Ockham introduceerde onder meer het conceptualisme dat *admet la valeur idéale des concepts, mais non leur valeur réelle*. Tussen subjectieve sensaties en abstracte concepten plaatste hij *une connaissance intermédiaire, le concept intuitif: notitia abstractiva praesupponit intuitivam*, vgl. M. de Wulf, *Histoire de la Philosophie Médiévale*, Parijs/Brussel 1900, Vol. VI, p. 169 en 352. Het 'scheermes' berust op de vaststelling *Pluralitas non est ponenda sine necessitate: entities should not be multiplied unnecessarily*.

²⁶ Privaatrechtelijke problemen bij de globalisering van het ondernemen via internet komen in dit betoog niet aan bod; vgl. voor een overzicht van consumentenproblemen ter zake G-P. Calliess, *Transnationales Verbrauchervertragsrecht*, RabelsZ Bd. 68 (2004), p. 244-287.

²⁷ B. Williams, *Truth & Truthfulness, An essay in genealogy*, Princeton 2002, p. 217.

²⁸ Williams, a.w., p. 263.

naar open en eerlijke rechtsvinding geldt voorts dat aandacht moet bestaan voor het feit dat – ook in de rechtspraak – het debat niet geheel vrij gevoerd kan worden:

*[...] in institutions that are expressly dedicated to finding out the truth, such as universities, research institutes, and courts of law, speech is not at all unregulated. People cannot come in from outside, speak when they feel like it, make endless, irrelevant, or insulting interventions, and so on: they cannot invoke a right to do so, and no-one thinks that things would go better in the direction of truth if they could.*²⁹

Juist instellingen als universiteiten, onderzoeksinstituten en rechtbanken zouden in de zoektocht naar 'sincerity' en 'accuracy' een belangrijke bijdrage kunnen leveren bij het tegemoetkomen aan de redelijke verwachtingen van 'honest men'. Dit is echter geen eenvoudige zaak³⁰. Het succes van de uitgangspunten van oprechtheid en accuraatheid is afhankelijk van de inzet van alle betrokkenen. Voor de advocatuur is er nog een andere dimensie: ten opzichte van cliënt en rechtbank is sprake van 'divided loyalty'. Het is zaak de feiten en rechtsgrondslag zo helder en eerlijk mogelijk te presenteren; een cliënt kan echter calculerend zijn (of zelfs dreigen niet te betalen als een bepaalde gedragslijn niet wordt gevolgd). Als uitgangspunt kan dienen het gestelde³¹ in de zaak Arthur J S Hall: *most advocates are honest conscientious people who need no other incentive to comply with the ethics of their profession. Then there is the wish to enjoy a good reputation among one's peers and the judiciary. And in the background lie disciplinary powers....*

Wat is 'reasonable' in het contractenrecht? Uitlegperikelen

De (rechts-)zekerheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van een geschil, hetgeen ondernemers wensen, kunnen niet zozeer gevonden worden in het van redelijkheid en billijkheid doortrokken Nederlandse recht waar, onder omstandigheden alles mogelijk is, hetgeen – aldus Tjittes – niet bepaald een dam opwerpt tegen het voeren van zinloze procedures:³² *je weet het maar nooit hoe de rechter een billijkheidsbetooog apprecieert*. Tjittes raadt de ondernemer die rechtszekerheid zoekt aan, te rade te gaan bij het Engelse recht. Bij de motivering van hun beslissingen in commerciële contractenrechtelijke geschillen spelen de rechtszekerheid en de behoeften van het handelsverkeer een belangrijke rol. Over uitleg en de verschillen terzake tussen common law en civil law is de afgelopen tijd het nodige gezegd³³. Vooralsnog is er een groot verschil tussen Haviltexen (al dan niet in aangepaste vorm) en de common law-

²⁹ Williams, a.w., p. 217.

³⁰ Een voorbeeld daarvan is het antwoord op de vraag hoe ver het beginsel van *reasonableness* reikt, vgl. de discussie over de kwestie of ook na wanprestatie partijen ten volle aan deze maatstaf gehouden blijven: *Now in the real world, when parties make a contract whether for the sale of goods or for anything else, they do not usually contemplate a breach of that contract; they contemplate its performance and their efforts are more directed towards ensuring its fulfilment than towards providing for compensation for its breach. When a breach occurs, the law therefore has to impute to them an agreement as to what is to happen in the event of a breach* (Roskill LJ, *Lambert v Lewis* [1980] 1 All ER 978). *Curiously enough*, aldus Roskill, wordt ter zake zonder verwijzing naar *Mowbray v Merryweather* [1895] 2 QB 640, [1895-9] All ER Rep 941 in Chalmers on the Sale of Goods aangenomen *the general rule that a party to a contract should act reasonable even when the other party is in breach, and may not increase the liability of the other party by acting unreasonable*.

³¹ Arthur J S Hall & Co (A Firm) v Simons [2002] 1 AC 615, 726H, UKHL 30/9/2005, vgl. Ook UKHL 2005-06 [2005] UKHL 41 en Arthur J S Hall v Simons [2000] 3 All ER 673 op p. 716.

³² R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, RM Themis 2005/1, p. 2-29.

³³ NTHR Special Uitleg contractuele bepalingen in het (internationale) handelsrecht, 2005/3, B. Wessels, Uitleg van contractuele bepalingen in het (internationale) handelsrecht, NTHR 2005/5, p. 212-215, H.M.B. Brouwer, M.L. Hendrikse en N.J. Margetson, Uniforme uitleg van internationale handelsrechtelijke regelingen, NTHR 2005/2, p. 45-55.

neiging om vooral wetten beperkt uit te leggen, en voorrang te geven aan de rechtspraak van precedent en distinguishing cases. Het lijkt erop of Engelse rechters voorkeur hebben voor het laatste: wetgeving is abstract, en rechtsvinding concreet. The method of statute requires the use of *reason* to work out a large plan in advance; the method of precedent applies *critical intelligence* to reasoning out the best new decision in the light of the prior ones, in the light of what is special about the case in hand, and in the light of the need to maintain a coherent principle body of laws.³⁴ Strijd dus tussen beredeneerd vooruitzien en kritische intelligentie.

Uitleg³⁵: Duitse Kardinalplichten

Daarvan geeft ook het BGH blijk in VIII ZR 121/04, een zaak betreffende onduidelijke en bezwarende algemene voorwaarden in een contract tussen een importeur van auto's en vervangingsonderdelen en dealers. Één van de aspecten betrof de vraag of de dealers voldoende inzicht hadden in de betekenis en gevolgen van clause 15, waarin was vastgelegd aansprakelijkheid voor niet-nakoming met de toevoeging 'soweit es sich nicht um die Haftung für die Verletzung von Kardinalpflichten handelt'. Het begrip is echter in het BGB niet bekend, zo stelt het BGH vast. Echter, in de rechtspraak wordt het begrip wel degelijk gebruikt, niet zelden met de toevoeging 'sogenannte'. De wederpartij had hier echter niet bedacht op hoeven zijn: *Es kann jedoch nicht erwartet werden, dass der durchschnittlicher Händler als juristischer Laie den Inhalt dieser Rechtsprechung kennt. Ihm erschliesst sich deshalb ohne nähere Erläuterung auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre des Vertrages nicht, was mit 'Kardinalpflichten' gemeint ist.*

Daarmee is de toon gezet voor reasonable expectations van eerlijke niet-juridisch geschoolde burgers.³⁶

Vertrouwen (Great expectations)?

Het is lovenswaardig (en noodzakelijk) dat het vertrouwen van de burger in de werking van de Europese markt groeit. Recente politieke ontwikkelingen rond de Europese Grondwet hebben dat duidelijk zichtbaar gemaakt. Vertrouwen staat voorop.

Daarmee wordt het belang van nader onderzoek naar het begrip *vertrouwen* als eindterm voor regelgeving groter. Wat is vertrouwen feitelijk? Smits heeft criteria ontwikkeld teneinde het *juridische* begrip vertrouwen nader te ontleden.³⁷ Hij ontmaskert het vertrouwensbeginsel als een niet-dogmatisch beginsel; waar meer dogmatische regels

³⁴ John Bell, *Statutes and Their Interpretation*, in: P. Birks (ed.), *English Private Law*, Oxford University Press 2000, nr. 1.26 e.v.

³⁵ Zie over uitleg uitvoerig C.E. du Perron, div. annotaties in *NJ* 2005, afl. 45.

³⁶ Maar niet enkel voor deze groep justitiabelen: zo mogen ondernemers die inschrijven op overheidsaanbestedingen ook vertrouwen op een strikte toepassing van eerlijkheidsbeginselen. In HR 4 november 2005, RvdW 119 (kazerneringsgoederen) wordt dit nog eens duidelijk weergegeven: het HvJ EG heeft in zijn arrest van 29 april 2004 zaak C-496/99 (Socchi di Frutta) met verwijzing naar eerdere uitspraken helder uiteengezet wat de betekenis is van de aan het Europese aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen van gelijkheid en transparantie. Samengevat gaat het om gelijke behandeling, het bevorderen van gezonde en daadwerkelijke mededinging, en het bieden van dezelfde kansen en voorwaarden aan alle inschrijvers op basis van transparantie. Deze beginselen waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle inschrijvers de voorwaarden en modaliteiten duidelijk, precies en ondubbelzinnig op hun juiste draagwijdte kunnen begrijpen en op dezelfde manier interpreteren. Voor de aanbestedende dienst is het voordeel dat deze na kan gaan of offertes beantwoorden aan de toepasselijke criteria. Het gaat er niet om dat alle inschrijvers gelijk worden behandeld, maar ook om eerlijkheid in voorwaarden en selectiecriteria die er mede voor zorgt dat achteraf goede contracten worden gesloten.

³⁷ J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss. Leiden/Amsterdam 1995, p. 127 e.v.

ontbreken kan vertrouwen echter nog altijd als vangnet dienen.³⁸ Smits krijgt bijval van Ernes³⁹ die opmerkt dat het vertrouwen een geobjectiveerde gedragsnorm is, die wordt ingevuld al naar gelang de omstandigheden van het geval. Naar haar mening is gerechtvaardigd vertrouwen geen vertrekpunt, maar een eindpunt in de zoektocht naar de normaliteit van de gewekte schijn en de invulling van de wederzijdse informatieplichten van partijen. Het vertrouwensbeginsel als uitgangspunt draagt verdere risico's in zich indien men – met Nieuwenhuis - erkent dat het de polariserende waarden rechtszekerheid en rechtvaardigheid omvat: de rechtszekerheid verlangt bescherming van vertrouwen omdat zonder het honoreren van redelijke verwachtingen de voorspelbaarheid van het maatschappelijk verkeer tot een nulpunt zou dalen; de (vergeldende) rechtvaardigheid eist bescherming van vertrouwen omdat het niet-inlossen van gewekt vertrouwen vaak leidt tot schade bij de fidens. In dat perspectief is het kiezen tussen twee kwaden teneinde tegemoet te komen aan de discrepantie tussen voorspelbaarheid en vooruitgang, aldus Ernes. Het instellen van scherpe gedragsnormen is problematisch omdat dit niet leidt tot billijk gedrag. De premisse van billijk gedrag is het uitgangspunt; de vraag naar rechtszekerheid betreft meer rechtsvinding en uitleg. Om met Esser te spreken: *Es fehlt zwar noch an einem einheitlich auswertbaren Lehrsatz, aber das Prinzip (des Vertrauens auf einen vom Gegner geschaffenen Rechtsschein) zeigt sich überall von gleicher Art, trotz mannigfacher Detail.*⁴⁰ De gedachte af te mogen gaan op de schijn indien er geen reden is die schijn te wantrouwen, reikt principieel veel verder dan het gebied van de derdenbescherming; zij kan ook op de verhouding tussen partijen zelf tot toepassing worden gebracht, aldus reeds Hoetink.⁴¹ Van Schaick biedt soelaas⁴²: de stijgende relevantie van beweegredenen in het recht heeft ingrijpende gevolgen voor de kwaliteit van de betamelijkheidsnormen. De belangen van concreet betrokken derden bepalen of er een zorgvuldigheidsverplichting, een verplichting om voorzorgsmaatregelen te treffen, bestaat. In het particuliere contractenrecht bestaat een stijgend belang van achterliggende motieven, en in het algemeen geldt: wie zichzelf wil beschermen dient zijn gedrag af te stemmen op de gevolgen ervan voor de concrete ander. De intentie van de handelende wordt daarmee veel minder van belang: de ernst van de mogelijke gevolgen van een gedraging wordt een belangrijk criterium. Gekeken wordt naar de kant van de schijnwekker. Hij of zij dient in te staan voor de gevolgen.⁴³ Tevens dient daarbij onderscheid te worden gemaakt al naargelang het doel van de transactie: het particuliere rechtsverkeer heeft behoefte aan beoordeling vanuit het subjectieve

³⁸ Smits, a.w., p. 340-341.

³⁹ A.L.H. Ernes, Onbevoegde vertegenwoordiging, diss. Heerlen/Deventer 2000, p. 42.

⁴⁰ Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrecht; rechtsvergleichende Beiträge zur Quellen- und Interpretationslehre, Tübingen 1990, citaat uit 3^e druk 1974, p. 372.

⁴¹ H.R. Hoetink, Rechtsschijn en goede trouw, WPNR 1940, opgenomen in Rechtsgeleerde opstellen, Alphen aan den Rijn 1982, p. 181-218. Het gaat daarbij om *rechtmatig vertrouwen*, zie J.M. Thiel, De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen, diss. UvA/Amsterdam 1903, p. 44.

⁴² A.C. van Schaick, Contractsvrijheid en nietigheid, diss. Tilburg/Zwolle, 1994, p. 189.

⁴³ Schijn wekt vertrouwen; vertrouwen is het eindpunt. Dit wordt onder meer bevestigd in HR 22 april 2005, NJ 2005, 285 (m.nt. E. Verhulp), een ontslagzaak waarin aan de orde was de vraag of vertrouwd mocht worden op de gedraging zelf of op 'goedpraten' achteraf. De Hoge Raad overweegt dat het geven van een plausibele verklaring voor het handhaven van de oorspronkelijke ontslagdatum er niet toe doet, maar het er om gaat welke betekenis de werknemer (Brood) destijds aan de gedragingen van de werkgever (EMI) heeft mogen toekennen. Gelet op de negen door Brood aangevoerde gedragingen van EMI mocht hij er op vertrouwen dat EMI de ontslagdatum wijzigde, en dat vertrouwen is doorslaggevend. In casu was voor Brood de grondslag van loondoorbetaling onduidelijk gebleven, een omstandigheid die voor rekening van EMI komt. Voorts was niet gesteld door EMI dat Brood wist dan wel behoorde te weten dat de gedragingen van EMI slechts voortvloeiden uit (de beperkingen van) het administratieve systeem van EMI.

perspectief, terwijl het ondernemersverkeer behoefte heeft aan (rechts)zekerheid over de totstandkoming en het voortbestaan van overeenkomsten. De erkenning hiervan zou overigens tevens moeten leiden tot erkenning van de autonomie van het handelsrecht, aldus Van Schaick.⁴⁴

De dogmatische risico's van vertrouwensbescherming blijven gering indien de daarmee verbonden rechtsvindingsmethoden worden aangepast aan de eisen van helderheid/oprechtheid en accuraatheid. Daartoe is echter een aantal wijzigingen in deze methoden noodzakelijk.

Mosch en Verhoeven bieden een multidisciplinaire aanpak van vertrouwensmechanismen, waarbij handelspraktijken fungeren als empirisch referentiepunt. Een aantal mechanismen speelt hierbij een rol: deze vertrouwensmechanismen kunnen worden gedefinieerd als de frequent optredende causale patronen die een plausibele verklaring bieden voor het ontstaan en voortbestaan van vertrouwen in contingente bilaterale en collectieve intermenselijke relaties⁴⁵. Over vertrouwen zijn veel definities in omloop; het merendeel hiervan relateert vertrouwen aan de inschatting van toekomstig gedrag van anderen (vertrouwen is *a bet about future contingent action of others*). Vertrouwen transformeert daarbij onzekerheid in risico (en dat kan goed of slecht uitpakken, aldus Mosch en Verhoeven⁴⁶). Een contract is daarbij slechts een vertrekpunt. Economische actoren geven vertrouwen⁴⁷ als het verwachte resultaat positief is van de berekening van de kans dat de ander betrouwbaar is (p), de winst die resulteert als het vertrouwen niet wordt beschaamd (W) en het verlies dat wordt geleden als de ander zich opportunistisch gedraagt (V). Voor de liefhebbers: $p \times W > (1-p) \times V$; met $0 \leq p \leq 1$. Betrouwbaar, coöperatief gedrag zal lang niet in alle situaties hogere opbrengsten genereren; de situatie moet zodanig zijn dat nutsmaximalisatie voor de actoren samenvalt met de strategie zich betrouwbaar te gedragen. Vertrouwen kan ook bevorderd worden door 'het spel aan te passen', bijvoorbeeld door derden te betrekken bij transacties, die in hun functie als intermediair de individuele risico's goeddeels wegnemen (meer toezicht en handhaving?). Als de kans op herhaald zaken doen tussen dezelfde partijen kleiner is, zal de korte termijn winst van opportunisme de verwachte waarde van toekomstige verliezen te boven gaan; er is dan geen aanleiding voor partijen om de *grim norm*-strategie te volgen (toenemend vertrouwen). Het juridisch systeem vormt de standaardoplossing voor vertrouwensproblemen (in de praktijk: aansprakelijkheidsmechanismen en meer toezicht⁴⁸). De oplossing van vertrouwensproblemen door middel van het contractenrecht kent echter enkele praktische problemen. Wat is het belang van het contractenrecht als vertrouwensmechanisme? Al met al is het ontstaan van vertrouwen zowel in conceptuele als in analytische zin een uiterst complexe materie⁴⁹. In institutionele zin kunnen duidelijke normen invloed hebben; een contingentiebenadering lijkt

⁴⁴ A.w., p. 102.

⁴⁵ A. Hemerijck, Over institutionele aanpassing en sociaal leren, in: T. Jaspers en J. Outshoorn (red.), *De bindende werking van concepten*, Amsterdam 2002, p. 5-48, geciteerd in: R.H.J. Mosch en I. Verhoeven, *Blauwe ogen of zwart op wit? Een contingentiebenadering van vertrouwensmechanismen*, WRR-discussionpaper nr. 1, 17 december 2003, p. 3.

⁴⁶ A.w., p. 5.

⁴⁷ A.w., p. 8.

⁴⁸ A.w., p. 16 worden aansprakelijkheidsmechanismen als zodanig genoemd. Toezichthouders bieden tevens soelaas, zo lijkt het, zij het dat de wildgroei en ondoorzichtigheid aan toezichthouders recentelijk bekritiseerd zijn – los van de vraag in hoeverre de toezichthouders zelf aansprakelijk kunnen zijn (persbericht 2/10/5). Vgl. I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Kluwer (Deventer) 2005.

⁴⁹ A.w., p. 26.

noodzakelijk. In deze optiek is de Europese Commissie de juiste weg ingeslagen door het kaf van het koren te scheiden bij handelspraktijken jegens consumenten (B2C).

Reasonable expectations in het Europese recht

In de rechtspraak van het Europese Hof van justitie spelen redelijke verwachtingen een belangrijke rol. Doorgaans betreft het procedurele of administratieve perikelen, zoals gebrek aan voortvarendheid of het verzuim een beslissing afdoende te motiveren (bijv. Zaak T-244/05 en T-198/05: *The applicant submits furthermore a violation of the principles of sound administration and the duty of care, requiring the Commission to act diligently, impartially and in a timely fashion, as well as a violation of the principles of legal certainty and legitimate expectations*). De maatstaven voor een accurate behandeling van een verzoek zijn door het Hof nauwkeurig omschreven: *According to settled case-law, the question whether the length of an administrative proceeding is reasonable must be determined in relation to the particular circumstances of each case and, in particular, the background to the case, the various procedural stages followed, the complexity of the case and its importance for the various parties involved* (Zaak T-347/03). Of daarbij vertrouwd mag worden op toezeggingen en uitspraken van of namens de Commissie, is een andere zaak: *First, precise, unconditional and consistent assurances originating from authorised and reliable sources must have been given to the person concerned by the Community authorities. Second, those assurances must be such as to give rise to a legitimate expectation on the part of the person to whom they are addressed. Third, the assurances given must comply with the applicable rules*. Onbetwist is het leerstuk van de *reasonable expectations* een 'principle of law'.

Zaak C-210/03 (Swedish Match) van 14 december 2004 betreft de regelgeving inzake tabaksproducten; in deze zaak kwam aan de orde of de Zweedse 'snus' (s n u s), aldaar een populair product, vrij verkoopbaar moest zijn in het Verenigd Koninkrijk. Snus is fijngemalen tabak in een klein zakje, te consumeren door erop te sabbelen. Het Verenigd Koninkrijk verbood de tractatie op grond van de geïmplementeerde regels (gebaseerd op 'public health'). Kan een regel die beoogt roken tegen te gaan ook van toepassing zijn op rookloze producten, en welke argumenten gelden daarvoor? De desbetreffende richtlijn moet op dit punt opnieuw worden bekeken. Advocaat-Generaal Geelhoed merkt op: *The Community legislature has to respect other principles of law that have been developed by the case-law of the Court or are mentioned in the Treaty, such as the principles that due care must be taken and legitimate expectations taken into account, and the duty to give reasons. As I stated in the introduction of this Opinion, I will not go into these principles of law, make an exception for the duty to give reasons. The more a decision deviates from normal practice, the more explicit must be the grounds stated by the Community legislature. Given the important changes of context, the choice of the legislature to maintain the ban on snus, which in itself does not exceed its discretion, requires solid reasoning. The absence of any reasoning constitutes a clear and manifest breach of the obligation of the Community under Article 253 EC*⁵⁰. Het beginsel van 'honesty' speelt in deze zaak slechts op de achtergrond: omdat het product snus nog niet verkocht werd op de UK markt, was het argument van Swedish Match dat haar verwachtingen beschaamd werden, niet aan de orde.

Meer algemeen is het principe van 'legal certainty'. Deze uitdrukking kan verwarring scheppen omdat doorgaans een aantal verschillende, maar onderling verbonden juridische concepten wordt bedoeld, zoals het beginsel dat het Europese Gemeenschapsrecht geen terugwerkende kracht heeft, het beginsel dat 'legitimate expectations' gerespecteerd moeten worden (in de beperkte zin dat het moet gaan om

⁵⁰Opinion van A.-G. Geelhoed 7 September 2004 inzake HvJ Zaak C-434/02.

redelijke verwachtingen gebaseerd op het handelen van de instellingen van de Unie) en het beginsel dat Europese regels bindend gezag hebben. Indien een bepaalde kwestie niet expliciet is geregeld, met name bij de toepassing van richtlijnen, geldt de regel dat de lagere rechters gehouden zijn tot uitleg en toepassing van de regels, met inachtneming van het gegeven dat Europese wetgeving *clear and predictable* moet zijn (bijv. rov 74 in zaak C-244/03). Er is geen plaats voor politieke overwegingen als grondslag voor uitspraken van het Hof (id. rov 91).

Europees privaatrecht

Over de algemene beginselen van het Europese privaatrecht kan ik in het onderhavige verband kort zijn: *good faith and fair dealing* zijn expliciet vastgelegd bij de omschrijving van de regels van de contractsvrijheid. Er zijn weinig restricties in art. 1:102 e.v. PECL. De verplichting voor partijen om te handelen in overeenstemming met de regels van *good faith and fair dealing* is dwingend, en kan niet worden uitgesloten. Het gaat dan om *standards of decency, fairness en reasonableness*. Duidelijk is dat een aantal handelwijzen niet 'decent' is, zoals *ceremony* (kort gezegd: flauwekul) en *dishonesty* (uitsteltactieken, bijvoorbeeld). Speciaal bij duurovereenkomsten moet aandacht worden besteed aan het voorkómen van inconsistent gedrag, en moet sprake zijn van *mutual consideration*. *Good faith* wordt verondersteld, en betreft honesty in mind (subjectief, bijvoorbeeld niet contracteren enkel om de ander schade toe te brengen). *Fair dealing* is 'observance in fact', in objectieve zin betreffende het feitelijke gedrag. Dit algemene beginsel wordt onderscheiden van het vertrouwensbeginsel, dat meer specifiek is.

Honest men?

De richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁵¹ zal het nodige veranderen inzake handhaving van consumentenrechten in Nederland⁵². De richtlijn beoogt⁵³ op drie punten winst te bieden: consumenten dienen meer zekerheid te krijgen omtrent hun rechten, bedrijven dienen minder last te krijgen van het 'huidige labyrint van nationale regels dat de grensoverschrijdende handel belemmert', en de Europese economie dient gestimuleerd te worden. De problemen wegen zwaar, aldus de Commissie bij monde van toenmalig commissaris Byrne [ik citeer]: '*Bedrijven, en in het bijzonder de kleinere bedrijven, worden afgeschrokken door het vooruitzicht te moeten voldoen aan de opeenstapeling van regels, uitspraken van rechtbanken en richtsnoeren*'. Daar kunnen wetgevers en rechtbanken het mee doen. Byrne lijkt te impliceren dat sprake is van overproductie bij rechtbanken....

De toon van de nieuwe regelgeving is daarmee gezet: de richtlijn lijkt echter vooral concurrerende ondernemers voordelen te brengen door het vastleggen van een algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken. Voor ondernemers is dit denken niet nieuw: Slagter merkt op dat (onder meer) kenmerkend voor de moderne ondernemer is de bereidheid verantwoording af te leggen over de deugdelijkheid van zijn producten of zijn algemene leverings- en betalingsvoorwaarden, en openheid te betrachten tegenover consumenten door

⁵¹ Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005, Pb L149/22. Het oorspronkelijk voorstel COM(2003)356def is aangepast aan de wensen van het EP. Zie over het voorstel onder meer R.W. de Vrey, Eerlijk is eerlijk: de consument voorop?, TvC 2004-1, p. 2-11.

⁵² Zie mijn bijdrage Handhaving van consumentenbelangen: een gemengd stelsel, *NTBR* 2004, 89.

⁵³ Aldus persbericht IP/03/857 van 18 juni 2003.

*Waarheid in reclame, verpakking, declaratie van inhoud, samenstelling en prijs eventueel per standaardhoeveelheid.*⁵⁴

Wat precies de werking van het nieuwe principe is in privaatrechtelijke relaties tussen consumenten en professionals is vooralsnog onduidelijk. Weliswaar komt er een nieuw handhavingsnetwerk, maar de vraag welke bevoegdheden deze handhavers krijgen is nog niet duidelijk beantwoord. De toon is wel gezet: in een persbericht van 8 oktober 2004⁵⁵ toont Byrne zich wel erg geïnspireerd door ontwikkelingen op geheel andere terreinen. Het persbericht is getiteld *New legislation to crack down on rogue traders*, en Byrne laat strijdlustig weten *Rogue traders have been put on notice: they will soon have no hiding places in the EU*. Het betreft met name het groeiende probleem van de *cross border scams*. Kennelijk is er een toenemend aantal *cross-border rogue or peripheral traders*; genoemd worden *misleading and threatening clairvoyance services, modem 'hi-jacking', deceptive prize draws, unsolicited first aid kits accompanied by demands for payment, direct marketing of slimming products to children and misleading marketing by 'holiday clubs'*. Het doel van deze regeling is ook *to help boost the confidence of consumers and businesses in the Internal Market*. U hoort het goed: de keuze van onderwerpen is ruim en omvat onder meer misleidende en dreigende dienstverlening door helderzienden. Jomanda is gewaarschuwd.

Handelspraktijken

De nieuwe regels⁵⁶ die richtlijn 2005/29/EG vastlegt krijgen een streng omljnd toepassingsbereik: beoogd wordt harmonisatie van wetgeving in de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken (waaronder oneerlijke reclame) die de economische belangen van consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten indirect schaden. Het evenredigheidsbeginsel wordt toegepast: de richtlijn erkent dat de gevolgen voor consumenten in sommige gevallen verwaarloosbaar zijn. De richtlijn is niet van toepassing of van invloed op nationale wetgeving betreffende oneerlijke handelspraktijken die alleen de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren: met volledige inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel behouden de lidstaten de mogelijkheid dergelijke praktijken aan banden te leggen, zo zij dat wensen. De richtlijn heeft – helaas, kan men stellen – enkele uitzonderingen, zoals commerciële communicatie gericht op beleggers, en is niet van toepassing op wettelijke voorschriften in verband met smaak en fatsoen (aangezien deze per lidstaat sterk verschillen). Het op straat aanklappen van personen voor commerciële doeleinden zal in de ene lidstaat wel, en in de andere niet onwenselijk worden geacht. Een voorbeeld van dergelijke praktijken is te vinden in de zaak *Travel Vac SL/Antelm Sachs*.⁵⁷ In deze (Spaanse) zaak was buiten een reguliere verkoopruimte een recht van time-share verkocht. Het betrof een excursie: zowel de handelaar als de consument verlieten hun gebruikelijke vestigingsplaats, op initiatief van eerstgenoemde. Bij de verkoopbijeenkomst waren de (met cadeaus gelokte) consumenten urenlang aan de praat gehouden en doorlopend van alcoholhoudende dranken voorzien. De vraag werd gesteld (onder meer) of het bij

⁵⁴ W.J. Slagter e.a., *Compendium Ondernemingsrecht 2005*, p. 10-11. Zie in dit verband ook de betrouwbaarheidscriteria die de AFM gaat toepassen bij de nieuwe Wfd: onder meer 'discretie, waarheidslievendheid, prudentie, wetsgetrouwheid'. Interessant is dat de financiële dienstverlener zelf bij het aanvragen van een vergunning moet beoordelen of hij betrouwbaar is; veel vragen zijn reparabel, onbetrouwbaarheid niet.

⁵⁵ IP/04/1197.

⁵⁶ Overigens niet de eerste: zie bijvoorbeeld de [2003] OECD Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practice across borders (OECD Cross-border Fraud Guidelines).

⁵⁷ HvJ 22 april 1999, zaak C-208/98.

toepassing van de bedenktijd en het recht om afstand te doen van de overeenkomst (als bedoeld in de Colportagerichtlijn) ging om het feit dat sprake was van beïnvloeding of manipulatie van de wil van de koper-consument, naast ‘algemeen bedrog, bedrieglijke uitlatingen of kunstgrepen’ van de verkoper. Volgens de verkoper gold in dit geval enkel de timeshare-richtlijn 94/47/EG. Het Hof is van oordeel dat timeshare-overeenkomsten weliswaar door de genoemde richtlijn worden geregeld, maar dat dit niet wegneemt dat een overeenkomst die een timeshare-bestanddeel bevat, kan vallen onder richtlijn 85/577, indien voor het overige aan de toepassingsvoorwaarden van laatstgenoemde richtlijn is voldaan. Weliswaar zijn overeenkomsten betreffen de bouw, verkoop en de verhuur van onroerende zaken uitgezonderd van de Colportagerichtlijn, maar deze uitzondering omvat niet het recht van deeltijds gebruik van een onroerende zaak. De Colportagerichtlijn is van toepassing; de aanwezigheid van eventuele opzet tot manipulatie is daarbij niet vereist, en hoeft niet te worden bewezen. Aan de kennisgeving van opzegging mogen lidstaten vormvereisten verbinden.

De richtlijn vormt geen beletsel voor het instellen van individuele vorderingen door degenen die schade hebben geleden ten gevolge van oneerlijke handelspraktijken en doet evenmin afbreuk aan de communautaire en nationale regels inzake – onder meer – het verbintenissenrecht. De richtlijn voorziet in één algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken die het economische gedrag van consumenten verstoren, en geeft ook regels inzake agressieve handelspraktijken (die momenteel niet op communautair niveau gereguleerd zijn). Het gaat daarbij om intimidatie, dwang, met inbegrip van het gebruik van lichamelijk geweld, en ongepaste beïnvloeding. Met het oog op een grotere rechtszekerheid is bepaald welke handelspraktijken in alle omstandigheden oneerlijk zijn. Bijlage I bevat daarom een uitputtende lijst van deze praktijken.

*Reasonable consumers?*⁵⁸

Alle consumenten moeten tegen oneerlijke handelspraktijken worden beschermd⁵⁹; het Hof van Justitie heeft het sinds de inwerkingtreding van Richtlijn 84/450/EEG evenwel noodzakelijk geacht om bij uitspraken in zaken over reclamekwetsies na te gaan wat de gevolgen voor een *fictieve doorsneeconsument*⁶⁰ zijn. In overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, en om de uit hoofde van dat beginsel geboden bescherming ook effectief te kunnen toepassen, wordt in deze richtlijn het door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium van de gemiddelde — dit wil zeggen redelijk geïnformeerde,

⁵⁸ Consumentenbescherming oriënteert zich traditioneel aan gerechtigheidsaspecten; uitgangspunt is dan de gemelde ongelijkwaardige verhouding tussen professionele aanbieders en consumenten. Terecht is daarbij de vraag gesteld (G. Straetmans, *Consument en markt*, Kluwer (Antwerpen) 1998, p. 54-55: *les consommateurs sont-ils en position de faiblesse?* Algemeen wordt tegenwoordig aanvaard dat consumentenbelangen een uitvloeisel zijn van het algemeen belang (Straetmans, a.w., citeert Nadel op p. 62: *the consumer interest is an objective interest*), en consumentenbescherming niet moet worden gebaseerd op compensatie voor zwakkere contractverhoudingen (zie over de problematiek van de ‘zwakke partij’ in het contractenrecht onder meer T. Hartlief, *De vrijheid beschermd: enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakke partij in het contractenrecht*, Kluwer (Deventer) 1999). Dit is tevens het uitgangspunt van het Europese consumentenrecht: *Das Gemeinschaftsrecht geht vom Konzept des aufgeklärten, ‘mündigen’ und informierten Verbraucher aus. Verbraucherschutz als Sozial- und Minderheitenschutz ist im Rahmen der Mindestharmonisierung grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten*. N. Reich/H.-W. Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, Nomos (Baden-Baden), 2003, p. 45).

⁵⁹ Geenszins een nieuwe gedachte: bij het systeem van de vrije markt past bijvoorbeeld de vergelijkende reclame, *de consumer is de rechter*, vgl. M.H. Bregstein, *Moet vergelijkende reclame als onoirbare concurrentie worden aangemerkt?*, WPNR 1953 (4303-6), *Verzameld Werk*, Zwolle 1960, op p. 386.

⁶⁰ Zie J.J.C. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie*, oratie UvA/Amsterdam 2005.

omzichtige en oplettende — consument⁶¹ als maatstaf genomen, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren, maar wordt er tevens voorzien in bepalingen die voorkomen dat wordt geprofiteerd van consumenten die bijzonder vatbaar zijn voor oneerlijke handelspraktijken. Indien een handelspraktijk op een bepaalde groep consumenten gericht is (bijvoorbeeld kinderen) is het wenselijk dat het effect van de handelspraktijk vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep wordt beoordeeld. Het criterium van de gemiddelde consument is geen statistisch criterium. Nationale rechtbanken en autoriteiten moeten, rekening houdend met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hun eigen oordeel volgen om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is.

Oneerlijke handelspraktijken

Centraal in de richtlijn staat artikel 5, inhoudende – kort gezegd - een verbod op oneerlijke handelspraktijken. Een handelspraktijk⁶² is oneerlijk wanneer zij:

a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding,

en

b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgezindheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.

Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die misleidend of agressief zijn. De bijlage (I) bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn. Uit de omvangrijke lijst noem ik een aantal in het oog springende omschrijvingen van wat 'oneerlijk' is (en ik vrees dat u ze wel zult herkennen):

⁶¹H. Schulte-Nölke, Perspectives for the development of European Consumer Law, TvC 2005, p. 137-140 en M.B.M. Loos, WPNR (2005) 6638, p. 771-772. Thiel (a.w. (1903), p. 80) spreekt – in ruimer verband (i.c. derdenbescherming) – treffend over ‘redelijke diligentie gepaard aan behoorlijke kennis’.

⁶² Elektronische handel heeft de toekomst; de EU heeft tal van maatregelen aangekondigd in het kader van het eEurope Action Plan. Een belangrijk punt daarbij is de zekerheid van betaling, waarin onder meer de richtlijn inzake elektronische handtekeningen (Richtlijn 1999/93/EG van 13 december 1999) een belangrijke rol speelt: *secure networks, secure access and the protection of privacy are vital elements in building consumer confidence in electronic commerce* (vgl. het 2002 eEurope Benchmarking Report). De richtlijn elektronische handel 2000/31/EG van 8 juni 2000 regelt reeds bepaalde juridische aspecten van ‘de diensten van de informatiemaatschappij’. In het kader van de informatiemaatschappij behoeft consumentenbescherming bijzondere aandacht; de Commissie heeft op aandringen van het de Raad (Pb. C 23 van 28 januari 1999, p. 1) toegezegd te bestuderen in hoeverre de bestaande regels adequaat zijn, en neemt zich voor in voorkomende gevallen specifieke voorstellen te doen om mogelijke leemten in deze bescherming weg te nemen (Pb. C 23 van 28 januari 1999, p. 1).

- beweren een gedragscode te hebben ondertekend wanneer dit niet het geval is.
- producten tegen een genoemde prijs te koop aanbieden zonder dat de handelaar aangeeft dat er een gegronde vermoeden bestaat dat hij deze producten of gelijkwaardige producten niet tegen die prijs kan leveren of door een andere handelaar kan doen leveren gedurende een periode en in hoeveelheden die, rekening houdend met het product, de omvang van de voor het product gevoerde reclame en de aangeboden prijs, redelijk zijn (dit is een zeer ruime omschrijving van het begrip 'lokkertjes').
- producten tegen een genoemde prijs te koop aanbieden en vervolgens weigeren het aangeboden artikel aan de consument te tonen, weigeren een bestelling op te nemen of het product binnen een redelijke termijn te leveren, of een exemplaar van het artikel met gebreken tonen, met de bedoeling een ander product aan te prijzen ("bait and switch").
- bedrieglijk beweren dat het product slechts gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn of dat het slechts onder speciale voorwaarden gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn, om de consument onmiddellijk te doen beslissen en hem geen kans of onvoldoende tijd te geven een geïnformeerd besluit te nemen.
- een piramidesysteem opzetten, beheren of promoten waarbij de consument tegen betaling kans maakt op een vergoeding die eerder voortkomt uit het aanbrengen van nieuwe consumenten in het systeem dan uit de verkoop of het verbruik van goederen.
- beweren dat de handelaar op het punt staat zijn zaak stop te zetten of te verhuizen, terwijl dat niet het geval is.
- marketingmateriaal voorzien van een factuur of een soortgelijk document waarin om betaling wordt gevraagd, waardoor bij de consument de indruk wordt gewekt dat hij het aangeprezen product al heeft besteld terwijl dat niet het geval is.

Meer laakbaar zijn agressieve handelspraktijken, zoals:

- de indruk geven dat de consument het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld.
- hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia⁶³
- een consument die op grond van een verzekeringspolis een vordering indient, om documenten vragen die redelijkerwijs niet relevant kunnen worden geacht om de geldigheid van de vordering te beoordelen, dan wel systematisch weigeren antwoord te geven op daaromtrent gevoerde correspondentie met de bedoeling de consument ervan te weerhouden zijn contractuele rechten uit te oefenen.
- de consument uitdrukkelijk meedelen dat, als hij het product of de dienst niet koopt, de baan of de bestaansmiddelen van de handelaar in het gedrang komen.

Oneerlijke bedingen

De uitleg van richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten is aanleiding geweest tot enkele belangrijke zaken voor het Hof. De implementatie van de richtlijn is op het punt van de sancties niet in alle lidstaten op dezelfde wijze uitgevoerd. In Nederland geldt dat een onredelijk bezwarend

⁶³ Behalve indien er, voor zover gerechtvaardigd volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven. Dit doet geen afbreuk aan artikel 10 van Richtlijn 97/7/EG en aan de Richtlijnen 95/46/EG [2] en 2002/58/EG.

beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is⁶⁴; in andere lidstaten wordt gewerkt met een nietigheidssanctie⁶⁵. Uit het Océano-arrest⁶⁶ van het Hof wordt afgeleid dat de Nederlandse rechter ambtshalve tot vernietiging mag overgaan indien sprake is van een onredelijk bezwarend beding: de bescherming die de richtlijn de consumenten biedt, vereist dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering ambtshalve kan toetsen, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is. Het lijkt duidelijk dat de rechter dit zal moeten doen indien forumkeuzebedingen aan de orde zijn in het hem voorgelegde geschil, mede gezien HvJ 24 januari 2002, zaak C-372/99 (Commissie/Italië).⁶⁷ De aangegeven lijn wordt in de Nederlandse rechtspraak gevolgd, zie Hof Arnhem 5 juni 2001, *NJ* 2001, 622, alhoewel de wijze waarop dit gebeurt niet op algemene instemming kan rekenen.⁶⁸ In de Cofidis-zaak⁶⁹ kwam aan de orde de vraag hoe ruim het Océano-arrest moet worden uitgelegd: had het Hof in dat arrest de bevoegdheid van de nationale rechter om ambtshalve de onwettigheid van een oneerlijk beding te beoordelen, beschouwd als een middel ter bereiking van het in artikel 6 van de richtlijn voorgeschreven resultaat, te weten te waarborgen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden? Het Hof oordeelt dat ambtshalve toetsing een geschikt middel is om zowel de doelstelling van artikel 6 richtlijn als de verwezenlijking van artikel 7⁷⁰ te bevorderen: van een dergelijke toetsing kan een afschrikwekkende werking uitgaan die ertoe bijdraagt, dat een einde wordt gemaakt aan het gebruik van oneerlijke bedingen in door de verkoper met consumenten gesloten overeenkomsten. Deze bevoegdheid van de rechter is noodzakelijk geacht om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen, met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen. De bescherming die de richtlijn verleent, strekt zich dus ook uit tot de gevallen waarin de consument die met een verkoper een overeenkomst heeft gesloten die een oneerlijk beding bevat, zich niet op het oneerlijke karakter van dat beding beroept, hetzij omdat hij onwetend is van zijn rechten, hetzij omdat hij ervan afziet zijn rechten geldend te maken wegens de kosten van een vordering in rechte. Bij de toets of een beding onredelijk is moeten gezien het arrest *Freiburger/Hofstetter*⁷¹ twee situaties worden onderscheiden: allereerst dienen bij deze toets in beginsel de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst alsmede

⁶⁴ J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Kluwer (Deventer) 2003, p. 71 gaat er vanuit dat deze inkleuring in overeenstemming is met de richtlijn (waarin de term 'niet bindend' wordt gebruikt); M.L. Hendrikse, *Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden*, meent dat geduid wordt op een nietigheid, zie M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes, *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Kluwer (Deventer) 2005, p. 31.

⁶⁵ Voor België: art. 33 § 1 Wet op de Handelspraktijken ('is verboden en nietig'), Duitsland § 307(1) BGB ('sind unwirksam') en Frankrijk art. L. 132-1 van de Code de la Consommation (sont réputées non écrites').

⁶⁶ HvJ 27 juni 2000, *NJ* 2000, 730.

⁶⁷ M.B.M. Loos en H.W. Wiersma, *Ambtshalve toetsing van forumkeuzebedingen in algemene voorwaarden: het nieuwe procesrecht getoetst aan recente rechtspraak van het Hof van Justitie*, *WPNR* (2002) 6486, p. 330.

⁶⁸ A.S. Hartkamp en M.M. Stolp, *Een niet ingestelde vordering tot cassatie in het belang der wet*, *Opmerkingen over de toepassing van EG-Richtlijnen door de civiele rechter*, *Trema* 2003, p. 367-372.

⁶⁹ HvJ 21 november 2002, zaak C-473/00 (Cofidis SA/Jean-Louis Fredout).

⁷⁰ Artikel 7, lid 2, van de richtlijn betreft de zogenaamde 'verbods'-acties, procedures waarbij personen of organisaties die volgens nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht ene beroep kunnen doen op de rechtbanken of administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik oneerlijk zijn, en passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen, vgl. HvJ 9 september 2004, zaak C-70/03 (Commissie/Spanje).

⁷¹ HvJ 1 april 2004, *NJ* 2005, 75, zie tevens *NJ* 2005, 135 en 141, vgl. Hendrikse, a.w., p. 32.

de voor- en nadelen die in het op de overeenkomst toepasselijke recht aan het beding zijn verbonden te worden verdisconteerd; met deze omstandigheden hoeft evenwel geen rekening te worden gehouden indien het beding uitsluitend strekt ten voordele van de gebruiker en het geen tegenprestatie voor de consument-wederpartij inhoudt: het desbetreffende beding is dan zonder meer onredelijk bezwarend (oneerlijk en niet bindend). De precieze strekking van dit arrest is nog punt van discussie, met name in verband met de vraag welke bedingen op de indicatieve lijst bij de richtlijn en de open norm van artikel 3 ambtshalve mogen worden getoetst. In het arrest Cofidis is voorts nog vastgesteld dat procesregels die het de nationale rechter na het verstrijken van een vervaltermijn verbieden om ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een beding waarvan de verkoper tenuitvoerlegging vordert, oneerlijk is, een beroep op de bescherming die de richtlijn de consument beoogt te verlenen uiterst moeilijk maakt. Daaraan staat evenwel niet in de weg dat kortere vervaltermijnen niet onverenigbaar zijn met de bescherming van rechten die het gemeenschapsrecht particulieren toekent. De vraag of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet worden onderzocht aan de hand van de plaats van de bepaling in de gehele procedure voor de verschillende nationale instanties en van het verloop en de bijzondere kenmerken van de procedure.⁷²

Objectieve uitleg van oneerlijke bedingen was aan de orde in de zaak Commissie/Spanje van 9 september 2004.⁷³ In artikel 5 richtlijn oneerlijke bedingen wordt met betrekking tot de toepasselijke uitlegregel onderscheid gemaakt tussen individuele en collectieve acties; dit valt te verklaren door de verschillende doelstelling van deze acties. In individuele procedures dienen rechterlijke of administratieve instanties in concreto te beoordelen of een beding in een reeds gesloten overeenkomst als oneerlijk moet worden aangemerkt; bij een collectieve actie zal zij in abstracto moeten beoordelen of een beding dat misschien zal worden opgenomen in nog niet gesloten overeenkomsten, als oneerlijk moet worden beschouwd. In het eerste geval komt een uitleg ten gunste van de individueel betrokken consument onmiddellijk aan deze ten goede. In het tweede geval dient het beding, om preventief het voor alle consumenten gunstigste resultaat te bereiken, bij twijfel niet aldus te worden uitgelegd dat het voor hen gunstige gevolgen heeft. Een objectieve uitleg levert vaker de nodige grond op om een onduidelijk of ondubbelzinnig beding te verbieden, hetgeen naar het oordeel van het Hof leidt tot een hogere graad van bescherming van de consument. De precisering in artikel 5, derde zin, van de richtlijn is een normatieve en dwingende regel die de consumenten rechten verleent en bijdraagt aan het resultaat dat de richtlijn wil bereiken.

Ik wijs er nogmaals op dat de precieze werking van deze regels in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen onduidelijk blijft. Bijvoorbeeld: in de toekomst⁷⁴ zal de Nederlandse consumententoezichthouder zich kunnen voegen in civiele procedures waarvan hij aanneemt dat deze de kern van het toezicht raken. Of dat betekent dat burgers van hun kant kunnen afdwingen dat de toezichthouder en de rechter de genoemde maatstaven ook daadwerkelijk effectueren, valt nog te bezien. Daarom is het noodzakelijk daarvoor instrumenten te ontwikkelen. De eerste stap daarbij is het

⁷² HvJ 14 december 1995, zaak C-312/93 (Peterbroeck).

⁷³ HvJ 9 september 2004, zaak C-70/03 (Commissie/Spanje).

⁷⁴ Zie de Regels omtrent de instanties die verantwoordelijk zijn voor de handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (Wet handhaving consumentenbescherming), *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 411, 1-3.

inpassen in het privaatrecht van de genoemde gedragsnormen, waarbij het onderscheid tussen handels- en burgerlijke zaken relevant moet worden geacht.

Ik zal dit uitwerken aan de hand van enkele praktijkgevallen

Allereerst bespreek ik de problematiek rond meerpartij-overeenkomsten.

Het beginsel dat het contractenrecht doortrokken is van de regel dat recht moet worden gedaan aan 'fulfilling the reasonable expectations of honest men' is door Lord Justice Steyn gebruikt om de beperkingen aan te geven van de common law-doctrine van de 'privity of contract'. Dit betreft een lastig leerstuk: Kort gezegd komt het op het volgende neer: een contract kan op verschillende manieren de rechten, bevoegdheden en verplichtingen van derden aangaan. Privity of contract (een concept dat vooral toepassing krijgt in het kooprecht⁷⁵) houdt in dat een bindende overeenkomst slechts kracht heeft tussen de daarbij betrokken partijen. De regel is bevestigd door de House of Lords in de zaak *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Selfridge & Co Ltd* [1915] AC 847. Het ging in deze zaak om bandenfabrikant Dunlop⁷⁶, die een overeenkomst had gesloten met tussenhandelaar Dew. Dew kreeg banden tegen een goedkopere prijs op voorwaarde dat hij deze niet zou doorverkopen beneden de catalogusprijs en dat iedere wederverkoper die de banden van Dew zou kopen moest toezeggen niet tegen een lagere prijs te verkopen. Dew verkocht de banden aan Selfridges voor catalogusprijs onder de gemelde voorwaarde; Selfridges verkoos echter tegen een lagere prijs te verkopen. De vraag was of Dunlop van Selfridges schadevergoeding zou kunnen krijgen zonder dat een contractuele relatie tussen hen bestond. De regels van privity, consideration en agency stonden hieraan in de weg. Een niet-verbonden derde aan wie bijvoorbeeld een toezegging is gedaan, of die gebaat is, dan wel schade ondervindt, van dat contract, heeft geen mogelijkheden 'in te breken' in de contractuele relatie tussen partijen. Dit betekent niet dat de derde geen andere middelen ten dienste staan: het bekendste voorbeeld is de 'decomposed snail' uit *Donoghue v. Stevenson*. Een producent verkoopt een product aan een distributeur, en deze verkoopt door aan de detaillist. De eindgebruiker/consument heeft geen 'privity of contract' met de producent, maar kan bijvoorbeeld wel een actie uit onrechtmatige daad beginnen.

De regel uit de Dunlop-zaak heeft de rechtsontwikkeling in de common law betreffende het contracteren ten behoeve van een derde, ernstig belemmerd. De Contract (Rights of Third Parties) Act 1999 heeft deze situatie tot op zekere hoogte geregulariseerd, zonder daarbij echter afbreuk te willen doen aan het 'privity'-beginsel en zonder fundamenteel aandacht te besteden aan de economische dimensie van de externaliteiten van een contract (een afspraak tussen twee personen kan de belangen van derden beïnvloeden). Deze Act biedt niet in alle gevallen een oplossing, met name omdat de derde te allen tijd geïdentificeerd dient te zijn bij naam, als lid van een bepaalde groep, dan wel als beantwoordend aan een specifieke omschrijving⁷⁷.

⁷⁵ Invoering van richtlijn 99/44/EG heeft tot vergelijkbare problemen aanleiding gegeven in alle lidstaten toen in het oorspronkelijke voorstel werd overwogen consument-kopers een directe actie tegen de producent te verlenen. Deze gedachte is verlaten en in afgezwakte vorm (verbintenisrechtelijk-conform) opgenomen in de bepalingen inzake fabrieksgaranties.

⁷⁶ Het Goodyear-patent op met lucht gevulde rubberbanden werd aangevraagd in 1845, maar nooit gerealiseerd. John Dunlop slaagde daar in 1887 wel in. Eén van de kinderziekten van de vervolgens door Michelin ontworpen autobanden was het 'lekrijden'. Al snel werd toen het reservewiel uitgevonden: het vijfde wiel aan de wagen.

⁷⁷ Briefly, a third party can enforce a contract if:

- the contract specifically provides for this, and
- the contract benefits the third party, and
- the allowed third parties must be identified in the contract, and

Steyn betreurt dit met de algemene stelling *'the law of contract should give effect to reasonable expectations of contracting parties (...) there is no doctrinal, logical or policy reason why the law should deny effectiveness to a contract for the benefit of a third party where that is the expressed intention of the parties'*.⁷⁸ Van een brede herwaardering van de privity-doctrine is dus ook ná de Act uit 1999 geen sprake, met name omdat dan in commerciële relaties onzekerheid zou kunnen ontstaan, vooral bij de werking van aansprakelijkheids- en exonerationclausules en bij vervoersdocumenten zoals het cognossement en aanverwante papieren. De laatstgenoemde problematiek wordt onder meer zichtbaar in de zaak *J I MacWilliam Company Inc (Respondents) v. Mediterranean Shipping Company SA (Appellants)* [2005] UKHL 11, waarbij gerefereerd wordt aan de Dunlop-zaak. De doctrine blijft onveranderd, mede onder verwijzing naar een uitspraak uit 1839⁷⁹, waarin een lading whisky vervoerd moest worden van Leith naar Newcastle, en gedurende een zware storm de schipper – om niet nader aangeduide veiligheidsredenen – de whisky overboord had gegooid. De derde/whisky-belanghebbende bleef daarna dorstig in de kou staan.

Al met al weerhoudt de privity-doctrine – als gezegd – de ontwikkeling van één van de kerntaken van het contractenrecht, namelijk *'to facilitate commercial dealings'*, ook ten behoeve van derden. Op dit punt wordt duidelijk dat juist *'commercial reality'* noodzaakt tot vernieuwing op grond van het beginsel van *'reasonable expectations'*, maar dat het probleem niet eenvoudig op te lossen is indien algemene beginselen van een bepaald rechtsgebied worden doorkruist door beginselen uit andere rechtsgebieden: in *'Global German'* noemt Walz dit het algemene leerstuk van de *'Grundsatz der Einheit des ordre public'*.⁸⁰ Dit leerstuk is het complement van de eerder vermelde argumentatie van Van Schaick voor een autonoom handelsrecht, maar dat terzijde.

Meerpartij-verhoudingen in het Nederlandse privaatrecht

Ook het Nederlandse privaatrecht worstelt – ondanks de regeling in art. 6:213 lid 2 en 6:279 BW (meerpartij-overeenkomsten), art. 6:252 (kwalitatieve verplichtingen), art. 6:253-256 (derdenbeding) en art. 6:257 BW (blokkering van de *'paardensprong'*) – nog immer met drie-partijverhoudingen en samenhangende rechtsbetrekkingen. *Jurare in verba magistri*⁸¹: een min of meer samenvattende regeling vooral van op overeenkomst steunende drie-partijen-verhoudingen is een dringende noodzaak, aldus Schoordijk in 1958⁸². Samenhangende rechtsverhoudingen in het verbintenissenrecht zijn onmiskenbaar problematisch. De redenen daarvoor kunnen verschillend zijn, maar algemeen aanvaard wordt dat contracten vaak niet op zichzelf staan, maar deel uitmaken van een meeromvattend – economisch - samenwerkingsverband⁸³. Deze samenhang leidt niet zelden tot vragen die zich niet binnen één enkele contractsverhouding laten oplossen, aldus Meijer. Het heersende inzicht op dit punt is dat de betrekkingen tussen contractanten en derden niet enkel beheerst worden door de zorgvuldigheidsnorm, maar ook door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, of, nog beknopter: de regel dat partijen verplicht zijn zich ook in een open

-
- the contracting parties consent to the provision for third-party enforcement.

⁷⁸ House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment inzake *Darlington Borough Council v Wiltshier Northern Ltd* [1995] 1 WLR 68.

⁷⁹ Eveneens een Dunlop-zaak: *Dunlop & Co v Lambert* (1839) Macl & Rob 663.

⁸⁰ Geciteerd door P.J. Wattel, *De fiscale behandeling van het wederrechtelijke*, diss. UvA/Deventer 1992, p. 305.

⁸¹ Zweren bij de woorden van de meester, Horatius, *'Brieven'* 1, 1, 14.

⁸² H.C.F. Schoordijk, *Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard*, Zwolle 1958, p. 230.

⁸³ F.W.J. Meijer, *Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling (I) en (II)*, WPNR 98/6329, p. 631-635 en 98/6330, p. 617-621.

rechtsverhouding elkaars gerechtvaardigde belangen aan te trekken. Gerechvaardigd vertrouwen speelt daarbij een grote rol, maar ook het gedrag van partijen is van belang. In dat verband spreekt Van Laarhoven over de mogelijkheid tot invoering in het Nederlands privaatrecht van het beginsel van 'unclean hands'⁸⁴. Vranken⁸⁵ merkt op dat dit scherper en ook sprekender is dan redelijkheid en billijkheid, maar dat het als zodanig (nog) geen erkend gezichtspunt is. Mocht dat toch in aanmerking komen, dan ontstaan afbakenings- en regelgevingsproblemen. Aan de andere kant is de optie om de redelijkheid en billijkheid als een soort stofzuiger te blijven gebruiken (Vranken) ook een reël risico (Hesselink). Bij samenhangende rechtsverhoudingen lijkt het privaatrecht belemmeringen op te leveren aangezien geredeneerd wordt vanuit juridisch strikt gescheiden rechtsverhoudingen. Een oplossing kan gevonden worden in het feit dat de grenzen van het verbintenissenrecht vloeiend (of vloeibaar?) zijn⁸⁶ of in het formuleren van een nieuw groundbegrip rechtsbetrekking.⁸⁷ Ik zou willen verdedigen dat het privaatrecht dergelijke belemmeringen niet in stand mag houden; het principe dat redelijke verwachtingen van eerlijke burgers moeten worden gehonoreerd is geen nietszeggende algemeenheid, maar een beschermingsbeginsel dat expliciet gemaakt kan worden. Verwachtingen komen niet 'uit de lucht vallen'. De burger vertrouwt erop dat ook de andere deelnemers aan het rechtsverkeer 'honest' zijn, en het recht heeft tot taak ervoor te zorgen dat zijn veronderstelling wordt gehonoreerd. Dat stimuleert de wederpartij om zelf ook 'honest' te zijn. En is hij dat niet dan moet hij toch instaan voor de gevolgen door 'dishonesty' te behandelen alsof het 'honest' was. Daarvoor is durf nodig: niet enkel kan worden volstaan met het argument dat – bij voorbeeld - de aard van de huurovereenkomst zich ertegen verzet dat de verhuurder van een snackbar niet gerechtigd is om enkele deuren verder zelf een snackbar te beginnen, of dat Aldi bij verhuizing zijn Vleesmeesters (de voorloper van de Budgetslager) niet in de steek mag laten. Expliciet moet worden gemaakt dat de regel gebaseerd is op een ruimer principe 'honesty' waarbij 'sincerity' en 'accuracy' doorslaggevend zijn. Dat noopt tot duidelijke motivering. In de Vleesmeesters-zaak⁸⁸ oordeelt de Hoge Raad:

'wanneer iemand zich contractueel heeft verbonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben (vgl. HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323). Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in de uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en de strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang

⁸⁴ J.M. Barendrecht e.a. (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Zwolle, 2000.

⁸⁵ Vervolg, p. 46-47.

⁸⁶ F.B. Bakels, *Vloeiend verbintenissenrecht*, RM Themis 1996/2, p. 42-56.

⁸⁷ J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, diss. Tilburg/Zwolle 1990.

⁸⁸ HR 24 september 2004, RvdW 108.

van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevegd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling'.

Met deze regel ligt de systematiek van het contractenrecht gebaseerd op strikt gescheiden rechtsverhoudingen mijns inziens aan duigen. Dat valt toe te juichen, zeker indien men – ik geef enkele willekeurige voorbeelden - aldus de oplossing zoekt voor ingewikkelde problemen rond drie-partijen financieringsconstructies, populaire beleggingsproducten ('winstverdriedubbelaar'), en informatievoorziening bij borgtocht aan bezwaarde verwanten. De accurate en uitgebreide catalogus van omstandigheden biedt voldoende inzicht in het toepassingsbereik van de gestelde norm (*accuracy*). Vanuit het perspectief van 'commercial reality' bestaan echter ook hier bedenkingen, zeker indien onderkend wordt dat *elke* overeenkomst op enigerlei wijze een schakel in het rechtsverkeer gaat vormen en tal van derden belang kunnen hebben bij behoorlijke nakoming. Vanuit het perspectief van 'honest men' valt op dat de Hoge Raad niet schroomt om de innerlijke gezindheid van partijen een plaats te geven: termen als 'verwaarlozen', 'belangen ontzien', 'vertrouwen', 'bezwaarlijk' geven inzicht in de eis tot onderzoek van de 'sincerity' van partijen als belangen van derden in het geding zijn.

Bescherming en vertrouwensbeginsel: Duits recht

Recent⁸⁹ kreeg het Duitse BGH ter beoordeling een geval waarin een derde er juist belang bij had om niet al te nauw betrokken te zijn bij een samenhangende rechtsverhouding. In de zaak III ZR 45/05 had een dierenarts uitbreiding nodig van de praktijkruimte; teneinde deze te realiseren werd een makelaar in de arm genomen. Deze slaagde erin te bemiddelen bij de totstandkoming van een aannemingsovereenkomst tussen de dierenarts en een firma die een ruwbouw ter beschikking had voor verhuur, onder de voorwaarde dat deze door de aannemer zou worden uitgebouwd en bedrijfsklaar zou worden opgeleverd. De huurovereenkomst werd gesloten, en de dierenarts betaalde de makelaar provisie voor zijn diensten. Vervolgens laat de aannemer het geheel afweten; de dierenarts stelt deze met succes aansprakelijk. Ook de makelaar wordt aangesproken tot terugbetaling van de genoten provisie omdat de grondslag aan de overeenkomst zou zijn ontvallen aangezien de opdracht omvatte het zoeken naar en verwerven van een bruikbare praktijkruimte. In eerdere aanleg krijgt de dierenarts gelijk; het BGH heeft echter een andere opvatting. Voor aanspraak op provisie volstaat het totstandkomen van de 'hoofdovereenkomst', en de verplichting tot provisie -betaling is niet afhankelijk van de uitvoering daarvan. Enkel formele omstandigheden (Formnichtigheit, Gesetzwidrigkeit etc.) kunnen daaraan in de weg staan, aldus het BGH. De dierenarts kon niet feitelijk onderbouwen dat de makelaar op de hoogte was van de onmogelijkheid van de aannemer het werk af te ronden. Voor de dierenarts geldt dus de 'normale Erwartung' dat afgebouwd zou worden door de wederpartij. Het BGH geeft echter wel een opening: 'Allerdings hat der Senat es für möglich gehalten, dass der Maklervertrag einer – sei es auch ergänzenden – Auslegung dahin fähig ist, dass er den Makler zur Rückzahlung der Provision verpflichtet, wenn der wirtschaftlicher Zweck des Hauptvertrages verfehlt wird, auch ohne dass die Voraussetzungen für einen 'gesetzlichen' Wegfall des Provisionsanspruchs eintreten. *Insoweit bedarf es indessen jeweils einer auf die Besonderheiten des Einzelfalls abgestellten Prüfung, deren Ergebnisse unterschiedlich ausfallen können und sich nicht verallgemeinern lassen.* De makelaarsovereenkomst kan aldus worden uitgelegd dat op basis van het ongeschreven recht de provisie moet worden terugbetaald als het

⁸⁹ BGH 14 juli 2005, III ZR 45/05.

economisch doel van de hoofdovereenkomst niet wordt gehaald. In het onderhavige geval was hiervoor echter onvoldoende feitelijk bewijs aanwezig.

Maar er is meer: de werking van grondrechten bood uitkomst bij een Duitse zaak betreffende overgang van een verzekeringsonderneming. Het BundesVerfassungsgericht kreeg recentelijk ter beoordeling⁹⁰ de problematiek van een verzekeringnemer die een levensverzekering met winstdeling had genomen in een verzekeringsonderneming die vervolgens werd overgenomen. Door de overname werd onzeker of de verzekeringnemer onverkort zijn aanspraken uit de oorspronkelijke dekking zou kunnen behouden. Bij deze 'Vermögensbildungsversicherung' speelde deelname in de vermogensaanwas van de onderneming een rol (al betrof het hier slechts 0,00000180089 % van de waarde van de onderneming). De overnemende maatschappij nam namelijk niet de volledige activa over, zodat rekening moest worden gehouden met lagere winstdelname. Overname van verzekeraars behoeft in Duitsland – als in Nederland - de toestemming van de toezichthouder, niet van verzekeringnemers. Het BVerfG maakt korte metten: indien een dergelijke overname zonder toestemming van verzekeringnemers kan geschieden, dient de wetgever op basis van het Grundgesetz een oplossing te bieden: der Gesetzgeber ist verpflichtet, den dadurch bewirkten Verlust der Möglichkeit, die vertragsmäßigen Rechte eigenständig und individuell durchzusetzen, auszugleichen. En voor wat betreft de toezichthouder die toestemming geeft geldt dat deze de belangen van de verzekerden uitputtend moet vaststellen en ongewijzigd in de beslissing en de afwegingen daarvoor moet meenemen. Door de overname mag de vermogenswaarde, opgebouwd door premiebetaling als bron voor de verwerkelijking van overschotten niet ten nadele van de verzekerde verminderen.

Leenbeleggen

Een volgend voorbeeld betreft de aandelenlease-affaire.⁹¹ Los van de vraag welke verwachtingen de beleggers hadden (en of de aanbieders alle gevolgen hadden kunnen overzien) wekt het bevreemding dat de kwestie lijkt te zijn verzand in diepgaande analyses van de juridische mogelijkheden die de gedupeerde daarbij ten dienste staan, zoals de Wet op het consumentenkrediet, de huurkoopbepalingen, misleidende reclame en heel wat meer. Gelaveerd wordt tussen tegenstrijdigheden in wetgeving en rechtspraak, en tussen de beginselen van het schadevergoedingsrecht, namelijk dat ieder geacht wordt zijn eigen schade te dragen terwijl gelijktijdig geldt dat de ander niet geschaad mag worden. De grondslag van de schadevergoedingsverplichting is één aspect van deze zaak; de vraag naar de grondslag voor de erkenning dat het aanbieden en contracteren in dit verband oprechter en accurater had kunnen geschieden, is echter van een andere orde. Uitkomst biedt een uitspraak van de Klachtencommissie van het Dutch Securities Institute van 27 januari 2005⁹², waarin uitgesproken is dat een effecteninstelling die een effectenleaseovereenkomst aangaat met een wederpartij die daartoe geld van haar leent, gehouden is inlichtingen te vragen omtrent de financiële omstandigheden van deze wederpartij. Voorts moet de instelling zich ervan vergewissen dat de wederpartij inzicht heeft in het gevaar dat voor haar verbonden is aan een

⁹⁰ BVerfG 26 juli 2005, 1 BvR 782/94, 1 BvR 957/96.

⁹¹ Consumentenkrediet en financiële diensten verdienen bijzondere aandacht. De toepasselijke regelgeving is sterk in beweging; duidelijk is wel dat de overheid op de huidige economische markt niet kan nalaten daarbij een zelfstandige en actieve rol te spelen. Dit is ook voor ondernemers een goede zaak, en van groot belang: goede handelspraktijken, zorgplichten, professionele toewijding mogen niet 'ondergesneeuwd' raken door de praktijken van malafide aanbieders, zie SER-advies 04/06, p. 38. In tal van regelingen is deze grondslag inmiddels vastgelegd, variërend van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken tot de Nederlandse wet financiële dienstverlening (Wfd).

⁹² Vgl. J.G.J. Rinkes en T.H.M. van Wechem, Financiële dienstverlening, TvC 2005, p. 73-77.

dergelijke overeenkomst. Het is de vraag waarom deze inzichtelijke erkenning van hetgeen redelijke personen mogen verwachten bij ‘leenbeleggingen’ niet gevolgd is in de reguliere rechtspraak. De norm van het Dutch Securities Institute stemt overeen met hetgeen in de Wet op de financiële dienstverlening (Wfd) is geregeld. Daarvan dient echter direct te worden opgemerkt dat onduidelijk is welke sancties staan op schending van bepalingen in de Wfd die zich rechtstreeks richten tot de aanbieder van financiële diensten als betrouwbare en deskundige dienstverlener. Een duidelijke en algemeen geldende uitbreiding van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid met gedragsnormen inzake eerlijke handelspraktijken is daartoe noodzakelijk. Het gaat hier niet enkel om de erkenning van zorgverplichtingen, maar om een algemeen beschermingsbeginsel.⁹³

Ik kom tot een afronding.

De mogelijkheid tot een oprechte en accurate waardering van (on)eerlijkheid en het handelen in overeenstemming met de professionele standaard en professionele toewijding liggen besloten in de redelijkheid en billijkheid, maar moeten zichtbaar worden gemaakt. De rechtszekerheid is gebaat bij herwaardering van het onderscheid tussen burgerlijk- en handelsrecht. Het is – in ander verband - al eerder gezegd door Beekhuis:⁹⁴ definitieve oplossingen lijken een illusie:

Teveel hangt het standpunt, dat men hierbij inneemt, af van de opvattingen, die men koestert over de verhouding tussen billijkheid en rechtszekerheid, de beide polen, waartusschen zich de rechtsvorming beweegt. Terwijl heden ten dage een zekere mate van vrije rechtstoepassing door den rechter gewenscht wordt, kunnen morgen toestanden in de maatschappij intreden, die eischen, dat men de rechter zoveel mogelijk in zijn beslissingen bindt.

Dit is geen pleidooi voor een ‘gouvernement des juges’, maar de verfijning van het privaatrecht mag geen valkuil worden voor de burger.⁹⁵ Vanzelfsprekend mogen rechterlijke uitspraken geen weergave zijn van pure discretionaire bevoegdheden waarbij enkel telt (*palm-tree justice*) wat de burger ervan vindt:

⁹³ Indien bij dergelijke kwesties die een brede maatschappelijke ‘impact’ hebben vaker dan nu het geval is (vooraf) overleg plaatsvindt tussen de gerechten, dient zich onvermijdelijk de belangrijke vraag aan of er niet meer ruimte moet komen voor het besef dat de doctrine van *stare decisis* en het gezag van uitspraken uitdrukkelijk benoemd zouden moeten worden in de *civil law*. De nieuwe eisen die mogen worden gesteld aan rechtsvinding in een zich al dan niet spontaan harmoniserend privaatrecht in Europa zouden daarbij zeker rekenschap mogen nemen van de voordelen daarvan. De kous is daarmee niet af, natuurlijk. Ik mag – bijvoorbeeld - wel verwijzen naar de verzuchting van Hans-W. Micklitz in het European Consumer Law Group rapport EC Rules on services and consumer protection, ECLG/040/05 – February 2005, op p. 41: *the field of services which are relevant to consumers requires much more attention, at the national and at the European level. Parts of the work might probably be done in the groups of researchers who are discussing all over Europe what the *acquis communautaire* in European contract law is, or what a comparative analysis of national contract law might contribute to the envisaged Common Frame of Reference, but ECLG is calling for a launch of more consumer focused initiatives in the field of services.* Zie over leenbeleggen de prima uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 4 januari 2006, LJN: AU8964 (Vereniging Consument & Geldzaken/Aegon Bank N.V. tevens handelend onder de naam SPAARBELEG.

⁹⁴ J.H. Beekhuis, Rechterlijke matiging bij de actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, oratie Groningen, 1939, op p. 49.

⁹⁵ B. Wachter, Belangenafweging in het privaatrecht, in: A.A. Franken en E.P.M. Joosen (red.), Wederkerige rechtsbetrekkingen/Belangenafweging door de rechter, Lelystad (Vermande) 1992, p. 83-89. Zoals opgemerkt door P.A.J. Losecaat Vermeer, die de vraag stelt of het niet juist is openlijk de goede trouw in te schakelen en aldus de baan voor de rechter geheel vrij te maken: *ik waag het daarom met het stelsel-Van Oven. Ten slotte is een zekere mate van rechts onzekerheid toch nog beter dan onrechtszekerheid*, NJB 1937, p.596.

*The court does not as yet sit, as under a palm tree, to exercise a general discretion to do what the man in the street, on a general overview of the case, might regard as fair.*⁹⁶

Het gaat uiteindelijk om wat Esser⁹⁷ noemt *die Erfüllung der Gerechtigkeitsanspruch*, die echter redelijk en zakelijk moet zijn. De oplossing moet dus ‘fair and reasonable’ zijn.⁹⁸

Juridisch argumenteren zal daarbij aan overtuigingskracht winnen als motiveringen gebaseerd worden op feiten, de omstandigheden van het geval, de toepassing (en beperkingen) van regels van geschreven en ongeschreven recht en een rechtsvindingsmethode die ruimte laat voor dissenting opinions bij de weergave van de beweegredenen voor een juridisch oordeel.⁹⁹ Voor de rechtspraak heeft dit een bijzonder gevolg: het zou betekenen dat het geheim van raadkamer (geen ruimte voor het weergeven van onenigheid) wordt doorbroken. Bij unusrechtspraak is er weinig twijfel over de vraag wie het oordeel velt; bij meervoudige zittingen zou de rechtsvorming gebaat zijn bij nauwkeurige, oprechte, accurate en zichtbare argumentatie. Deze wijziging bevordert de ontwikkeling van de ‘marketplace of ideas’ in de rechtsontwikkeling. En bij dit alles speelt als doelstelling een centrale rol dat reasonable expectations of honest men te allen tijde moeten worden gehonoreerd.

Dankwoord

Dames en heren, aan het slot gekomen van dit betoog wil ik graag een dankwoord uitspreken,

Het College van Bestuur van de Open Universiteit bedank ik voor het in mij gestelde vertrouwen. Het is voor mij een eer om te mogen bijdragen aan de verdere ontwikkeling van deze fraaie instelling voor afstandsonderwijs (en nog heel wat meer).

Ik dank mijn collega’s van de Open Universiteit Nederland en de Universiteit Maastricht voor vele jaren uitdagend en stimulerend samenwerken. Een bijzonder woord van dank voor de hooggeleerde Van Maanen, die op cruciale momenten in mijn loopbaan een doorslaggevende rol heeft gespeeld.

Een bijzonder woord van dank voor mijn collega’s van de faculteit Rechtswetenschappen, en met name van de sectie privaatrecht van de OUNL: het is fantastisch om met jullie te mogen samenwerken. Hetzelfde geldt voor mijn collega-redacteuren van diverse juridische tijdschriften waaraan ik mag bijdragen.

⁹⁶ E. Cooke, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press 2000, p. 86. Cooke citeert (t.a.p., noot 13) Judge Weeks QC: *In my judgment there is no equitable jurisdiction to hold a person to a promise simply because the court thinks it unfair, unconscionable or morally objectionable for him to go back on it. If there were such a jurisdiction, one might as well forget the law of contract and issue every civil judge with a portable palm tree.* Hesselink (a.w., p. 418) merkt treffend op: de Engelse rechter heeft geen wetboek, en hoeft dus ook niet te doen alsof hij de wet toepast. Hesselink oordeelt (a.w., p. 437) dat, wanneer de rol van de rechter als schepper van nieuwe regels volledig is erkend, geen behoefte (meer) bestaat aan een algemene redelijkheid-en-bilijkheidsbepaling.

⁹⁷ Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1972; ik citeer uit de 3^e druk 1970, p. 195.

⁹⁸ J.H. Wieland, *De rechtsvindingsmethode volgens Josef Esser*, Kluwer (Deventer) 1976, p. 7.

⁹⁹ Steyn voornoemd merkt op *A dissenting judgment anchored in the circumstances of today sometimes appeals to the judges of tomorrow. In that way a dissenting judgment sometimes contributes to the continuing development of the law*, zie Hondius (a.w.), NTBR 2005/7 op p. 318.

Reasonable expectations of honest men

Mijn collega's in de rechterlijke macht dank ik voor het feit dat zij me hebben laten zien hoe het recht in de praktijk werkt.

De collega's in de Amsterdamse en Maastrichtse advocatuur dank ik omdat zij me de praktijk in het recht hebben laten zien.

Tenslotte dank ik familie en vrienden voor alle steun die ik heb mogen ontvangen; in het bijzonder dank ik mijn moeder en gedenk ik mijn vader. Ook dank aan Pim die, toen we vorig weekend allebei hard zaten te studeren, om tijd te winnen mij heeft overhoord in plaats van ik hem. Hij heeft een goed cijfer gehaald, nu ik nog.

Dank voor uw aandacht,

Ik heb gezegd.