

**Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio
enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden**

Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden

Over buitensporige nadeligheid van overeenkomsten als grond voor vernietiging en over vernietiging van buitensporig nadelige overeenkomsten op grond van dwaling of misbruik van omstandigheden, naar Nederlands, Duits en Oostenrijks recht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Open Universiteit
op gezag van de rector magnificus
prof. mr. A. Oskamp
ten overstaan van een door het
College voor promoties ingestelde commissie
in het openbaar te verdedigen

op vrijdag 18 oktober 2013 te Heerlen
om 16.00 uur precies

door

Igor Hendrikus van Loo,

geboren op 6 oktober 1970 te Amsterdam

Opgedragen aan de makers van wetten

Promotores:

Prof. mr. J.G.J. Rinkes, Open Universiteit
Prof. mr. P. Abas, emeritus Universiteit van Amsterdam

Overige leden beoordelingscommissie:

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis, emeritus Universiteit Leiden
Prof. mr. R.M. Wibier, Tilburg University
Prof. mr. A.L.H. Ernes, Open Universiteit
Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse, Open Universiteit

ISBN 9789402107692
NUR 822

Opmaak: W. Iemenschot
Ontwerp omslag: Ubald Seveke

© 2013, I.H. van Loo, Amsterdam

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

WOORD VOORAF

Ik weet niet wat mij bezielde, toen ik in 1989 als achttienjarige begon met de studie Nederlands Recht aan de Vrije Universiteit. Ik had geen idee over rechten. De studie beviel. Zij was schools, maar legde een goede basis voor het zelfstandig vergaren van kennis. Het thema dat in dit proefschrift centraal staat, kwam niet ter sprake. Bij het vak Encyclopedie (zo heette Rechtsfilosofie aan de VU) kwamen Aristotelische rechtvaardigheidsconcepten en de Thomistische uitwerkingen daarvan niet aan de orde. Bij privaatrechtelijke vakken werd niet ingegaan op het *iustum pretium* of de *laesio enormis*. Het *causa*- of oorzaakvereiste werd genoemd als iets dat je niet hoefde te kennen, omdat het niet zou terugkeren in het Nieuw Burgerlijk Wetboek (dat destijds nog wachtte op invoering). Het onderwerp ‘misbruik van omstandigheden’ werd net als andere wilsgebreken behandeld aan de hand van ‘de Assers’ en dat betekende toen: slechts minimale aandacht voor de factor benadeling. Aan andere Nederlandse opleidingen in de rechtsgeleerdheid zal de situatie niet anders geweest zijn. Opleidingen in de rechtsgeleerdheid richten zich begrijpelijkerwijs op het positieve (bestaande) Nederlandse recht en daarin spelen klassieke (Aristotelische) ideeën over rechtvaardigheid geen rol van betekenis.

Van alle arresten die tot de verplichte studiestof behoorden, maakte de ‘Heerlense’ zaak *Quint/Te Poel* (HR 30 januari 1959, *N*/548) op mij het meest indruk. Aannemer Quint had met de ene broer Te Poel afgesproken werk uit te voeren. Het perceel waarop het werk werd uitgevoerd behoorde in eigendom aan de andere broer Te Poel en die werd daarom middels natrekking eigenaar van het uitgevoerde werk en aannemer Quint had het nakijken. Van deze casus heb ik nachten wakker gelegen. Waarschijnlijk koos ik vertegenwoordigingsrecht als afstudeerthema om via die route te bedenken hoe aannemer Quint genoegdoening kon worden geboden. De ene broer zou de andere broer dan hebben vertegenwoordigd of iets dergelijks (ik weet niet meer wat voor onmogelijks ik toen bedacht). Het arrest *Quint/Te Poel* opende mij de ogen voor het ‘verrijksrechtelijke perspectief’. Sinds dat arrest kon ik van geen enkele concrete casus meer kennis nemen zonder geïnteresseerd oog voor de vraag of eventueel één partij verrijkt was ten koste van een andere partij.

Mijn afstudeerscriptie over ‘toerekeningsaspecten van vertegenwoordiging’ schreef ik onder de plezierige begeleiding van privatist Cees van Dam. Dit was halverwege de jaren ’90 van de vorige eeuw. Rond deze tijd ontstond er iets meer aandacht voor het thema van de gelijkwaardigheid van overeenkomsten. Ook mij begon toen de op Aristoteles terug te voeren idee te dagen dat de rechtvaardigheid van een overeenkomst samenhangt met de gelijkwaardigheid ervan. Ik ervoer dit gezichtspunt als verrijkend, ten opzichte

van de wat schrale idee, dat afspraken rechtvaardig en bindend zijn omdat wij dat met z'n allen hebben afgesproken, of dat recht datgene is waarvan wij hebben afgesproken dat het recht is.

Ik zag verbanden met het thema van mijn scriptie. Dit licht ik even toe. Bij vertegenwoordiging wordt de Principaal partij bij de overeenkomst die een Tussenpersoon sluit met een Derde. De gebondenheid van de principaal berust op het feit dat hij de tussenpersoon bevoegdheid heeft verleend om namens hem overeenkomsten te sluiten én op het feit dat de tussenpersoon daadwerkelijk in naam van de principaal handelt (in plaats van in eigen naam). Heeft de tussenpersoon onbevoegd of in eigen naam gehandeld, dan wordt in principe de principaal geen partij en niet gebonden. Het bevoegdheids criterium en het naam-criterium zijn twee wilscriteria. In mijn scriptie betoogde ik dat de gebondenheid van de principaal niet alleen zou moeten afhangen van deze wilscriteria, maar ook van een belang-criterium: van de vraag of de handelingen van de tussenpersoon gewoonlijk in het belang van de principaal zijn, bedoeld zijn diens belang te dienen, hem een kans op profijt bieden of hem daadwerkelijk voordeel hebben opgeleverd. Ik baseerde dit betoog mede op het artikel *Iustum Pretium. Enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid* van Prof. F.W. Grosheide, waarop ik in 1996 stuitte bij het blade-ren in *WPNR* 6227. Ik leidde uit het *iustum pretium*-beginsel af dat men eerder kon aannemen dat een gelijkwaardige overeenkomst tot stand gekomen was dan een ongelijkwaardige en dat men eerder kon aannemen dat een principaal partij heeft willen zijn bij een overeenkomst die in zijn belang gesloten is, dan bij een overeenkomst die niet in zijn belang gesloten is.

Gelukkig hoefden in het onderhavige proefschrift dergelijke ingewikkelde drie partijen-verhoudingen niet ter sprake te komen. Hiermee is niet gezegd dat dit proefschrift wél licht verteerbaar is. De verteerbaarheid is sterk afhankelijk van de mate van voorkennis bij de lezer.

Het artikel van Willem Grosheide uit 1996 was mede geschreven naar aanleiding van de destijds net verschenen boeken *Algemeen Deel* van J.B.M. Vranken en *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* van Jan Smits. Het heeft bijgedragen tot het ontstaan van dit proefschrift.

Ik studeerde af in 1997. In 1998 las ik in de krant een personeelsadvertentie waarin iemand werd gezocht om als assistent in opleiding (AIO) bij de Capaciteitsgroep Privaatrecht van de Universiteit Maastricht een proefschrift te schrijven over het *iustum pretium*-beginsel. Ik werd aangenomen, maar heb mijn tijd niet goed ingedeeld. Het project is mislukt. Dat lag niet aan de begeleiding. Ik werd begeleid door Madeleine van Rossum en René de Groot. Madeleine van Rossum is een specialiste in het recht met betrekking tot de wilsgebreken dwaling en misbruik van omstandigheden. Zij is gepromoveerd bij Willem Grosheide, hetgeen het verleidelijk maakt om te vermoeden dat zij – net als ikzelf – mede door zijn invloed geïnteresseerd is geraakt in het thema *iustum pretium*. René de Groot is specialist op een aantal rechtsgebieden die tamelijk ver afstaan van het privaatrecht, maar daarnaast is hij zeer geïnteresseerd in rechtsgeschiedenis. Hij heeft mij toevertrouwd ooit een scriptie over het *iustum pretium* (of een aanverwant thema) te hebben geschreven. Samen vormden Madeleine van Rossum en René de Groot in feite een ideaal begeleidingsteam voor een proefschrift als het onderhavige. In 2003

eindigde echter mijn contract aan de Universiteit Maastricht, zonder dat ik een proefschrift had geproduceerd. *Mea culpa*.

Ik gaf al aan dat ongelijkwaardigheid van verbintenissen en alle daarmee samenhangende onderwerpen in de Nederlandse rechtenopleiding en in het Nederlandse recht geen grote rol spelen en dat *laesio enormis*, *iustum pretium*, *causa* en woeker geen reguliere termen zijn in het recht. Het is daarom geen vanzelfsprekendheid dat een proefschrift over deze onderwerpen verschijnt in Nederland. Het is een klein wonder, dat te danken is aan de toevalligheid dat verschillende rechtsgeleerden, elk vanuit een eigen invalshoek, geïnteresseerd raakten in dit thema. Ik noemde al de namen van Willem Grosheide, Madeleine van Rossum en René de Groot. Het kleine wonder zou zich waarschijnlijk niet hebben voltrokken, indien niet ook mijn beide promotores Jac Rinkes en Piet Abas, via weer andere wegen dan anderen, geïnteresseerd waren geraakt in het onderwerp van mijn beoogde proefschrift. Hen dank ik, vrij letterlijk, voor de rest van mijn leven.

Kort nadat het contact met de Universiteit Maastricht in 2003 was verbroken, verscheen Piet Abas' boek *Benadeling van de medecontractant*. Maud van Zijst en ik hebben eraan meegewerkt. Tot deze samenwerking was besloten binnen vijf minuten nadat wij elkaar voor de eerste keer ontmoetten, op de receptie na de oratie die Jan Smits in 2000 hield ter gelegenheid van zijn aanvaarding van het hoogleraarsambt in Maastricht. Piet Abas is, naar ik vermoed, in het thema van de gelijkwaardigheid van overeenkomsten geïnteresseerd geraakt via zijn proefschrift *Beperkende werking van de goede trouw* (verschenen in 1972), dat hij schreef met 'meebeleving' van zijn promotor G.J. Scholten, die zelf in 1934 was gepromoveerd op het onderwerp *causa* (*De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst*).

Jaren verstreken zonder dat ik wetenschappelijke activiteit ontplooidde. Stapels papier lagen in koffers te vergelen. Soms kwam een nieuwe *Windows*-versie op de markt en dan vroeg ik mij angstig af of mijn oude computerbestanden nog te openen zouden zijn. In de anonimiteit van een vreemd land waagde ik mij wel eens in een bibliotheek. Dan controleerde ik of er niet te veel nieuwe literatuur of rechtspraak was over de mij aan het hart liggende thema's. Piet Abas en Maud van Zijst informeerden af en toe naar de eventuele voortgang. Op een goede dag kwam het bericht dat mensen van de Open Universiteit mij wilden spreken. Een vergadering werd belegd, waarbij behalve Piet Abas en Maud van Zijst ook Jac Rinkes en Marc Hendrikse aanwezig waren. Mij werd gevraagd of ik bij de Open Universiteit een proefschrift wilde schrijven over de rol van ongelijkwaardigheid van prestaties in het verbintenissenrecht. Dit had alle kenmerken van een serieus verzoek. Jac Rinkes en Marc Hendrikse zeiden: "Wij hebben dit vaker gedaan. Als wij aan een dergelijk project beginnen, dan komt het af." Het was niet alleen deze succes-garantie die mij deed besluiten om ja te zeggen. Wat mij over de streep trok, was dat ik meende te zien dat Jac Rinkes sterk uitkeek naar een proefschrift over dit onderwerp. Hij heeft talrijke publicaties aan het consumentenrecht gewijd. In het consumentenrecht is de gelijkwaardigheidsgedachte prominent aanwezig. Daarin verschilt dit recht van het algemeen verbintenissen- en overeenkomstenrecht. De discrepantie roept als vanzelf vragen op: Is het consumentenrecht te ver afgeraakt van de regel van eigen verantwoordelijkheid? Wordt het niet eens tijd dat de gelijkwaardigheidsgedachte, die in het consumenten-

tenrecht zo alomtegenwoordig is, ook een plaats veroverd in het algemene verbintenisrecht? De serieuze interesse voor ‘mijn’ onderwerp deed mij besluiten een nieuwe poging te wagen.

De samenwerking die volgde heeft vrij vlot tot een proefschrift geleid. Tot dit succes heeft in belangrijke mate bijgedragen het feit dat Marc Hendrikse zijn rol als procesmanager perfect uitvoerde. Verder, dat Anka Ernes mij stimuleerde om bij de OU te komen werken. Toen het manuscript af was, is het eerst goedgekeurd door de beide promotores emeritus Prof. P. Abas en Prof. J.G.J. Rinkes en daarna door alle leden van de beoordelingscommissie, dat wil zeggen eerst door de ‘interne’ leden Prof. M.L. Hendrikse en Prof. A.L.H. Ernes en daarna ook door de ‘externe’ leden Prof. R.M. Wibier en emeritus Prof. J.H. Nieuwenhuis. Ik dank allen voor hun fiat.

Mijn paronymphen Inge Kamphuis en Iwan Bos dank ik allebei voor bijzondere, jarenlange vriendschap en voor hun inhoudelijke interesse. Kees Engel dank ik voor het mee-lezen van bijna alle hoofdstukken en voor redactionele tips. Leonard Morin dank ik voor de Engelse vertaling van de samenvatting. Prof. Christoph Becker dank ik voor zijn bereidheid mij te ontvangen in Keulen, waar wij een voor mij belangrijk gesprek hebben gehad over de relatie tussen de *laesio enormis* en de wilsgebreken. Valerie van den Berg en Harrie Rietman dank ik voor meedenkend commentaar over onderdelen van het proefschrift. Bert van Loo, Wytske van Loo-Rypma en Ivonne Blonk dank ik voor vertrouwen, voor steun en voor de moeite die zij zich hebben getroost om zich door stukken proefschrift heen te werken. Tot slot dank ik Tonia voor haar nimmer aflatende aansporingen om door te gaan met ‘lekker hard werken’. Wees gerust, je hoeft dit boek niet per se ooit te kunnen lezen.

Tot besluit van dit ‘woord vooraf’ wil ik iets zeggen ter verantwoording van een aantal keuzen die aan het proefschrift ten grondslag liggen. Wie dit proefschrift gaat lezen, zal mogelijk willen weten, waarom ik begin met maar liefst vier hoofdstukken over rechts-historische onderwerpen, terwijl ik geen rechtshistoricus ben. Verder, waarom ik heb gekozen voor een rechtsvergelijkende beschouwing van de wilsgebreken ‘misbruik van omstandigheden’ en ‘dwaling’ naar Nederlands, Duits en Oostenrijks recht.

Een grote rechtshistorische component zie ik als een onvermijdelijk iets. De hele idee van ‘nadeligheid’ of ‘ongelijkwaardigheid’ van een overeenkomst is onlosmakelijk verbonden met het Aristotelische concept ruilrechtvaardigheid en met de Thomistische uitwerking daarvan in het begrip *iustum pretium*. De voorstelling dat overeenkomsten ongelijkwaardig kunnen zijn, is in zekere zin historisch geworden, toen zij werd ingeruild voor de voorstelling dat overeenkomsten perfect uitdrukking geven aan de subjectieve waardering die partijen voor elkaars verbintenissen hebben. Sindsdien is een onderscheid te maken tussen ‘oude’ en ‘nieuwe’ rechtvaardigheid. De oude idee van rechtvaardigheid lag ten grondslag aan het *causa*- of oorzaakvereiste en stond tevens centraal binnen de rechtsfiguur *laesio enormis*. In het hoofdstuk over de *laesio enormis* wordt een link gelegd tussen de ‘oude’ manieren om een overeenkomst te vernietigen en de ‘nieuwe’ manieren om dat te doen, dat wil zeggen tussen vernietiging op grond van nadeligheid en vernietiging op grond van wilsgebreken. Het vierde hoofdstuk, over woeker, bevat onderdelen die minder noodzakelijk zijn voor begrip van het totaal van dit proefschrift. Ik

doel op de paragrafen waarin ik ben ingegaan op de idee dat rente (=woeker) onrechtvaardig is, en op de verlating van deze idee. Ter verantwoording kan ik hooguit aanvoeren dat ik de woekergeschiedenis een mooi onderwerp vond. De overige onderdelen van het vierde hoofdstuk vormen wél een noodzakelijk onderdeel in het geheel van dit proefschrift. Zij betreffen de ‘moderne definitie’ van woeker, die al snel werd geïdentificeerd als heruitvinding van de eerder op een zijspoor gerangeerde *laesio enormis*. De ‘moderne definitie lag ten grondslag aan het wilsgebrek ‘misbruik van omstandigheden’, dat ik in latere hoofdstukken uitgebreid behandeld heb.

Mijn keuze voor de zes overige hoofdstukken, over hedendaags recht, is als volgt te verantwoorden. Oostenrijks en Nederlands recht vormen twee tegenpolen binnen Europa, als het gaat om de vraag hoeveel van de ‘oude rechtvaardigheid’ is bewaard gebleven in het hedendaagse recht. Iedereen die wil schrijven over de rol van ongelijkwaardigheid van prestaties in rechtsvergelijkend perspectief, raad ik aan kennis te nemen van Oostenrijks en Nederlands recht, al was het maar middels dit proefschrift. Het recht in Duitsland neemt een middenpositie in. De keuze om ook Duits recht te behandelen lag voor de hand omdat zowel het Oostenrijkse als het Nederlandse recht veel aan het Duitse recht hebben ontleend. In de behandeling van alle zes hoofdstukken ligt de focus op het element benadeling, dat als het ware de eerdergenoemde ‘oude rechtvaardigheid’ in het recht vertegenwoordigt. De hoofdstukken V, VI en VIII gaan erover dat in de wettelijke regelingen van het Nederlandse en Duitse dwalingsrecht en van de Nederlandse rechtsfiguur ‘misbruik van omstandigheden’ het element benadeling te weinig aandacht krijgt, hetgeen veelal als problematisch wordt gezien. De hoofdstukken VII, IX en X gaan erover dat bij de Oostenrijkse dwalingslaesio en bij toepassing van ‘misbruik van omstandigheden’ naar Duits en Oostenrijks recht het element benadeling geheel centraal staat, hetgeen doorgaans tot heldere en voorspelbare rechtspraak leidt.

Iedere civielrechtelijke oplossing, waarbij men aan een grote mate van benadeling een eminente rol toekent, kan men zien als toepassing van de *laesio enormis*. In mijn conclusie hield ik een pleidooi om de meest complete *laesio*-bepaling in te voeren die ik ben tegengekomen: die van de Nederlands-Indische Woekerordonnantie 1938.

Al met al hoop ik hiermee te hebben verantwoord waarom ik heb behandeld wat ik heb behandeld. Alleen is hiermee nog niets gezegd over mijn keuze om bepaalde onderwerpen geheel links te laten liggen of slechts op basis van secundaire bronnen te behandelen. Zo heb ik de toepassing van het *causa*-vereiste in oude Nederlandse rechtspraak en ook de toepassing van de *laesio enormis* in nog oudere Nederlandse rechtspraak niet zelf onderzocht. Ik heb er slechts korte passages aan gewijd, met verwijzingen naar door anderen verricht onderzoek. Ter rechtvaardiging kan ik slechts aanvoeren dat ik over de *laesio enormis* en *causa* alles heb kunnen zeggen wat ik wilde zeggen, aan de hand van talloze secundaire bronnen. Sommigen zal het opvallen dat ik niet inga op hedendaags renterecht. Maar renterecht vormt niet het eigenlijke onderwerp van dit proefschrift; ik gaf al aan dat de aandacht voor het historische renterecht in het vierde hoofdstuk uitvoeriger is geweest dan strikt noodzakelijk. Sommigen zullen zich afvragen waarom ik niet veel meer landen heb onderzocht. Het antwoord is dat ik dan minder gelegenheid had gehad tot verdieping. Men kan zich afvragen waarom ik van de vier bekende wilsgebreken alleen dwaling en misbruik van omstandigheden heb behandeld; waarom niet ook bedrog en bedreiging? Mijn antwoord is dat er in feite slechts twee wilsgebreken bestaan:

wilsonvrijheid en onbewustheid. Bedreiging en misbruik van omstandigheden hebben betrekking op wilsonvrijheid en dwaling en bedrog hebben betrekking op onbewustheid. Een andere mogelijke vraag is waarom ik niet meer aandacht heb besteed aan het nieuwste recht op het gebied van ongelijkwaardigheid van prestaties: de creatie van art. II.-7:207 (unfair exploitation) in de Draft Common Frame of Reference (DCFR). Het antwoord luidt dat ik in dit artikel geen enkele vernieuwing zie; het is niets anders dan een herformulering van de moderne definitie van woeker die in de loop van de 19^e eeuw in Duitsland is ontwikkeld. Het commentaar bij dit artikel uit de DCFR (een pdf is te vinden op: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf) is interessanter dan het artikel zelf. Ik veerde even op, toen ik hierin las dat in het Sloveense recht de *laesio enormis* en de woeker (=misbruik van omstandigheden) vlak achter elkaar zijn geregeld: in § 118 en § 119 van de Sloveense verbintenissenwet. Wellicht heeft het element nadeligheid in het Sloveense recht een nog prominentere plaats dan in het Oostenrijkse. Wellicht vormen dan in feite het Sloveense en het Nederlandse recht de tegenpolen op dit vlak in Europa. Of bestaat er een rechtsstelsel waarin het taboe op het element nadeligheid nog groter is dan in het Nederlandse overeenkomstenrecht? Er is altijd meer onderzoek mogelijk.

INHOUD

INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING 21

1. *Een oude traditie in het Nederlandse recht* 22
2. *Zeven argumenten voor de Nederlandse traditie en hun weerlegging* 24
 - a. Ongelijkwaardige overeenkomsten bestaan niet 24
 - b. Bindendheid van contracten volgt uit de deugd van de oprechtheid 24
 - c. De eigen verantwoordelijkheid om geen nadelige overeenkomsten te sluiten 25
 - d. Opvoedkundige benadeling 26
 - e. Een versterkte economische prikkel 26
 - f. Te veel bescherming is onpraktisch 27
 - g. Absolute bindendheid van overeenkomsten is een teken van beschaving 28
3. *De probleemstelling* 29

AFDELING EEN: RECHTSGESCHIEDENIS 30

Hoofdstuk I: *IUSTUM PRETIUM* 31

- Inleiding: betekenissen van het begrip 'iustum pretium'* 32
1. *Het begrip 'rechtvaardige prijs'* 33
 2. *Thomistisch-Aristotelische ruilrechtvaardigheid: meetbare gelijkwaardigheid* 34
 3. *Wat is gelijkwaardigheid? Drie opvattingen over waarde* 35
 - a. Waarde is van partijen afhankelijk: de subjectieve waardeopvatting 36
 - b. De waarde van goederen hangt af van de met de productie ervan gemoeide arbeid 37
 - c. De waarde van een goed wordt door de markt bepaald 39
 4. *In het Thomistische, normatieve begrip 'iustum pretium' is rekening gehouden met zowel marktwaarde als arbeidswaarde en subjectieve waarde* 40
 5. *Het iustum pretium: positiefrechtelijke of moraal-ethische norm?* 40
 6. *Een te ruime definitie van het iustum pretium in de Nederlandse rechtsliteratuur* 41
 7. *Een te beperkte definitie van het iustum pretium in de Nederlandse rechtsliteratuur* 43
 - a. Het iustum pretium zou exclusief gericht zijn op benadeling 43
 - b. Het iustum pretium zou starre equivalentie eisen 45

- c. Het *iustum pretium* zou een dirigistische norm zijn 46
Uitleiding: het iustum pretium als rechtsfiguur of als maatstaf? 48

Hoofdstuk II: CAUSA 49

Inleiding 50

1. *Grepen uit de ontstaansgeschiedenis van het causavereiste* 51
 - a. Romeinsrechtelijke bouwstenen 51
 - b. Aristotelische invulling, de causa als zedelijkheidsvereiste 54
2. *De onvermijdelijke neergang van het causa-vereiste* 54
 - a. Het lege causa-vereiste en het negatieve geoorloofdheidsvereiste samen in één wettelijke regeling 57
 - b. Anti-causalisme 59
3. *Het verrassende behoud van het causa-vereiste* 61
 - a. Behoud in Frankrijk: de causa als het gewilde equivalent (*l'équivalent voulu*) 61
 - a.1. Domat (1625-1696) 61
 - a.2. Portalis (1746-1807) 63
 - a.3. Maury (1889-1981) 63
 - a.4. Behoud van de causa in de Franse rechtspraak 65
 - b. Behoud van de causa in Nederlandse literatuur: de objectieve causa-leer 66
4. *Meer over het (negatieve) geoorloofdheidsvereiste en strijd met de goede zeden* 66

Uitleiding: laatste woorden over de causa 70

Hoofdstuk III: LAESIO ENORMIS 72

Inleiding: van lex secunda tot laesio enormis 73

1. *Uitbreiding van het toepassingsbereik van de laesio enormis* 74
2. *Inperking van het toepassingsbereik van de laesio enormis door middel van uitsluitingsclausules richtinggevend voor de verdere ontwikkeling* 76
3. *Uitsluitingsclausules* 76
 - a. Uitsluitingsclausules versterkt met een eed 77
 - b. Uitsluitingsclausules: algemeen of specifiek 78
 - c. Uitsluitingsclausules in contracten met minderjarigen, vrouwen en plattelandsbewoners 78
 - d. 'Clauses de style' (standaardclausules) 79
 - e. Uitsluitingsclausules: is de benadeelde een koper of een verkoper? 79
4. *De vernietigbaarheid van de eed een contract niet op grond van laesio enormis aan te zullen tasten* 80
5. *De renunciatie-eeid en op grond van laesio enormis vermoede dolus of dwaling* 81
6. *Twee richtingen voor de laesio enormis: dwaling en woeker* 83
7. *De neergang van de laesio enormis: Hobbes en Thomasius* 83
8. *De neergang van de laesio enormis: wetgeving* 85
 - a. Pruisen 1794: de beperkte dwalingslaesio 85

- b. Frankrijk 1804: de beperkte laesio enormis van keizer Napoleon 86
- c. Oostenrijk 1812: de enkel op dwaling gerichte laesio enormis in § 934 en 935 ABGB 88
- d. Nederland 1838 en Duitsland 1863-1900: algehele afschaffing van de laesio enormis 88

Uitleiding: herleving tot slot 90

Hoofdstuk IV: WOEKER 94

Inleiding 95

1. *Over de begrippen woeker, rente en intrest* 96
2. *Het religieuze taboe op vergoedingen voor geldleningen* 97
 - a. Leenvergoedingen veroordeeld als onrechtvaardig 97
 - b. Leenvergoedingen veroordeeld als onbarmhartig 99
3. *Nuancering en doorbreking van het religieuze taboe op geldleenvergoedingen* 100
 - a. De Reformatie 101
 - b. Het fundamentele discussiepunt: is een vergoeding voor geldleningen rechtvaardig? 103
 - c. De intresttitels 'geleden verlies' en 'gederfde winst' 103
 - c.1. Intrest toegestaan als vooraf vastgestelde schadevergoeding 103
 - c.2. De intresttitels 'geleden verlies' en 'gederfde winst' bij Thomas van Aquino 104
 - c.3. De intresttitels 'geleden verlies' en 'gederfde winst' bij Lessius 105
 - d. Risico als rentetitel 106
 - d.1. Uitgekleed investeerdersrisico 107
4. *Rente principieel toegestaan, maar gelimiteerd* 108
 - a. Het iustum pretium van een geldlening 108
 - b. Limitering van renteneming middels wettelijke rentemaxima 110
5. *Kritiek op de te lage wettelijk rentemaxima* 111
 - a. Lage wettelijke rentemaxima niet effectief ter vergroting van welvaart 112
 - b. Lage wettelijke rentemaxima niet effectief ter bestrijding van woeker 112
 - c. Benthams pleidooi voor afschaffing van wettelijke rentemaxima 113
6. *Afschaffing rentemaxima leidde tot meer woeker* 114
 - a. Herhaalde afschaffing van rentemaxima leidde nogmaals tot onheil 116
7. *De overgang van oude woekerwetten naar moderne woekerwetten* 118
 - a. Oude woekerwetten 118
 - a.1. De Reichspolizeiordnung van 1530 118
 - a.2. Het Wucherpatent van Maria Theresia uit 1751 119
 - a.3. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten 1794 120
 - b. Het ontstaan van 'moderne woekerwetten' 120
 - b.1. Het Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern 1813 121
 - b.2. Het Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum Hessen van 1841 122
 - b.3. Het Badense Strafgesetzbuch van 6 maart 1845 123
 - b.4. De Duitse Reichswuchergesetze van 1880 en 1893 124
 - c. De moderne definitie van woeker in § 138 II BGB 127
 - d. Herleving van de laesio enormis 128

Uitleiding 129

Hoofdstuk V: HET WILSGEBREK DWALING NAAR NEDERLANDS RECHT 133

Inleiding 134

1. *Een definitie van dwaling* 134
 2. *Een overzichtsschema van 'dwaling' en verwante rechtsfiguren* 136
 3. *De vier vereisten voor een beroep op dwaling in de zin van art. 6:228 BW* 137
 - a. *Splitsing van de passages van art. 6:228 BW sub a,b en c, elk in twee helften* 139
 - b. *De teloorgang van het vereiste dat de dwaling 'hetzij veroorzaakt, hetzij gemeenschappelijk' is* 140
 - c. *Het uit art. 6:228 lid 1 BW te destilleren kenbaarheidsvereiste* 140
 - d. *Het vierde vereiste voor een beroep op dwaling: de dwaling is niet toe te rekenen aan de dwalende* 141
 - e. *Er is geen vijfde vereiste* 143
 4. *Benadeling speelt een rol bij alle vier vereisten voor een beroep op dwaling* 144
 - a. *Benadeling doet vermoeden dat voldaan is aan het eerste vereiste voor een beroep op art. 6:228 BW (dwaling)* 144
 - b. *Benadeling doet vermoeden dat voldaan is aan het tweede vereiste voor een beroep op art. 6:228 BW (causaal verband)* 145
 - c. *Benadeling doet vermoeden dat voldaan is aan het derde vereiste voor een beroep op art. 6:228 BW (kenbaarheid)* 146
 - d. *Benadeling kan een rol spelen bij de invulling van het vierde vereiste voor een beroep op art. 6:228 BW (dwaling niet toerekenbaar aan dwalende zelf)* 148
 5. *De rol van benadeling binnen aan dwaling verwante rechtsfiguren* 150
 - a. *'Oneigenlijke dwaling' in de zin van art. 3:33, 35 BW* 150
 - a.1 *'Oneigenlijke dwaling' en de factor nadeel* 151
 - b. *Wanprestatie, non-conformiteit, dwaling en benadeling* 153
 - b.1. *De mogelijkheid van samenloop tussen dwaling en wanprestatie* 153
 - b.2. *Samenloop van wanprestatie en een door mededelingen veroorzaakte dwaling* 155
 - b.3. *Samenloop van wanprestatie en een door een verzaakte informatieplicht veroorzaakte dwaling* 156
 - b.4. *Samenloop van wanprestatie en dwaling inzake 'algemeen gerechtvaardigde verwachtingen'* 158
 - b.5. *Non-conformiteit in de zin van art. 7:17 BW* 158
 - b.6. *Non-conformiteit en de factor prijs* 159
 - c. *Onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) en dwaling en benadeling* 160
 6. *Knelpunten in het dwalingsrecht en de factor benadeling* 163
 - a. *Het Nederlandse dwalingsrecht kenmerkt zich onvoldoende door gedegen feitenonderzoek* 163
 - b. *Rechterlijke vonnissen op het gebied van het dwalingsrecht zijn in hoge mate onvoorspelbaar* 165
 - c. *De in art. 6:228 lid 1 sub c BW gestelde eis dat de wederpartij van dezelfde onjuiste voorstelling als de dwalende moet zijn uitgegaan is onzinnig* 168
- Uitleiding: de wettelijke dwalingsregeling dient te worden gewijzigd* 171

Hoofdstuk VI: HET WILSGEBREK DWALING NAAR DUIJS RECHT 173

Inleiding 174

Deel 1: Irrtum 175

1. *De regeling van 'Irrtum' in § 119 en § 122 BGB* 175
 - a. De bedoeling van de wetgever: afbakening van de dwalingsfiguur door middel van het subjectief-objectieve causaal verband-vereiste 176
 - b. De praktijk: geen gecombineerd subjectief-objectief vereiste van causaal verband, maar onderverdeling van dwaling in twee hoofdtypen 177
2. *Dwalingstype I: 'oneigenlijke dwaling' en de rol van benadeling* 178
 - a. Het samenvalvereiste 178
 - b. Benadeling kan doorslaggevende factor zijn bij dwalingstype I 179
3. *Dwalingstype II: eigenschapsdwaling in de zin van § 119 II BGB en de irrelevantie van waardedwaling binnen dit dwalingstype* 179
 - a. De irrelevantie van waardedwaling binnen dwalingstype II 180
4. *Het arrest RG 9 november 1906 en meer rechtspraak van het Reichsgericht* 181
 - a. Verruiming van dwalingstype I in RG 9 november 1906 182
 - b. Beperkte toepassing van dwalingstype II in RG 9 november 1906 183
 - c. Lof en begrip voor de verruimde toepassing van dwalingstype I en voor de beperkte toepassing van dwalingstype II 184
 - d. De rechtspraak van het RG als wegbereider voor het leerstuk van de Geschäftsgrundlage 184
5. *Kritiek op de regel dat waardedwaling irrelevant is voor toepassing van dwalingstype II* 185
 - a. Demerath: 'waarde' is een verkeerswezenlijke eigenschap 186
6. *Alternatieve criteria voor dwalingstype II (eigenschapsdwaling)* 188
 - a. Schlossmann: verschoonbaarheid en belangenafweging 188
 - b. Gschntzer: omvang van de dwaling als criterium 189
 - c. Rudloff: vervang § 119 II BGB door een aan § 138 BGB toe te voegen laesio enormis 190
 - d. Flume: dwaling pas relevant als dit uit de overeenkomst voortvloeit 192
 - e. Kramer: de factor 'schuld' als criterium 193

Uitleiding deel 1 194

Deel 2: Fehlen der Geschäftsgrundlage in de zin van § 313 II BGB 192

Inleiding 195

7. *Windscheids Voraussetzung en Oertmanns Geschäftsgrundlage* 196
8. *Locher en Krückmann en het verrijksrecht* 198
9. *De wettelijke regeling van 'Störungen der Geschäftsgrundlage' in § 313 BGB* 200
 - a. 'Fehlen der Geschäftsgrundlage' is een heruitvinding van dwaling 201
10. *Rechtspraak over 'Fehlen der Geschäftsgrundlage'* 202
 - a. Stap 1: opsporing van de Geschäftsgrundlage 203
 - b. Stap 2: onredelijke belastendheid van de overeenkomst 206
 - b.1. Instandhouding van de overeenkomst in strijd met 'Recht und Gerechtigkeit' 207
 - b.2. Risico-aanvaarding door de dwalende 208

Uitleiding 209

Hoofdstuk VII: LAESIO ENORMIS EN WAARDEDWALING NAAR OOSTENRIJKS RECHT 210

Inleiding: § 934 en 935 ABGB 211

1. *Over het eenvoudige wetsartikel § 934 ABGB* 212
 - a. Schatting van de waarde van prestatieverplichtingen door deskundigen 213
 - b. Schatting van de waarde in lastige gevallen 213
 - c. Over de eis dat de overeenkomst ‘zweiseitig verbindlich’ is 214
 - d. Toepassing van § 934 ABGB in geval van optie-verlening 215
 2. *Uitzonderingen op de toepasbaarheid van de laesio enormis* 216
 - a. Kansovereenkomsten 216
 - a.1. Toepassing van de laesio enormis op lijfrenteovereenkomsten 217
 - b. Vaststellingsovereenkomsten 220
 - c. Handelscontracten 221
 - d. Ondergang van het te restitueren goed door toeval 221
 3. *Over § 935 ABGB, die de laesio enormis maakt tot een ‘dwalingslaesio’* 222
 - a. Over een thans niet meer geldende uitsluitingsgrond: de renunciatieclausule in de oude versie van § 935 ABGB 222
 - b. ‘Bijzondere voorliefde’ als uitsluitingsgrond voor een beroep op de laesio enormis 224
 - c. ‘Bekendheid met de werkelijke waarde’ als uitsluitingsgrond voor een beroep op de laesio enormis 225
 - d. Een ‘schenkingwil’ als uitsluitingsgrond voor een beroep op de laesio enormis 226
 4. *Waardedwaling buiten het geval van laesio enormis* 227
 - a. Een lichte veroorzakingseis, in plaats van de zware eis van ‘List’ 228
 - b. Waardedwaling onder een andere noemer 229
- Uitleiding: benadeling als alternatief vereiste bij een beroep op dwaling* 230

Hoofdstuk VIII: HET WILSGEBREK MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN NAAR NEDERLANDS RECHT 231

Inleiding 232

1. *Het Ontwerp Meijers en de voorbereiding daarop* 233
 - a. Meijers’ publicatie uit 1934 233
 - b. Meijers’ onbekende concept-tekst 234
 - c. Het Ontwerp Meijers vergeleken met het eerdere onbekende concept 235
2. *Een tekstkritische bespreking van art. 3:44 lid 4 BW* 237
3. *Parlementaire geschiedenis: het elimineren van het element benadeling in twee fasen* 239
 - a. De geschiedenis van het schrappen van de vermoedensregel 239
 - b. De geschiedenis van het schrappen van het benadelingsvereiste 241
 - c. Hartkamps historische argument tegen het benadelingsvereiste 242
 - d. Hoe Regeringscommissaris Snijders het benadelingsvereiste schrapte uit de wettekst 243
 - e. Parlementaire toelichting op het schrappen 243
 - f. Het arrest Van Elmbt/Feierabend 245
4. *Over de wenselijkheid van het benadelingsvereiste* 246

- a. Het benadelingsvereiste 247
 - a.1. De zoektocht naar een geval van ‘misbruik’ zonder ‘benadeling’ 248
 - a.2. Positieve redenen voor het stellen van het benadelingsvereiste 252
 - 5. *Over de terugkeer van de vermoedensregel* 253
 - a. Literatuur over het vermoeden van misbruik op grond van benadeling 254
 - b. Rechtspraak: benadeling als ‘wegingsfactor’ en als indicator van misbruik 255
 - b.1. Introductie van de vermoedensregel via art. 7:176 BW 257
 - b.2. Toepassing van de vermoedensregel buiten het geval van art. 7:176 BW 258
 - b.3. Tegenbewijs 259
- Uitleiding: een oplossing voor woekerproducten?* 260

Hoofdstuk IX: CIVIELRECHTELIJKE WOEKER NAAR DUIJS RECHT 262

Misbruik van omstandigheden in Duitsland: de op basis van § 138 I BGB in rechtspraak ontwikkelde rechtsfiguur ‘woekerlaesio’

Inleiding 263

1. *Het objectieve element: opvallende ongelijkwaardigheid van prestaties* 265
 - a. Ongelijkwaardigheid is ongelijke marktwaarde 265
 - b. De ongelijkwaardigheid is ‘ex tunc’ te bepalen, dat wil zeggen naar het moment van het sluiten van het contract 266
 - c. Soms mag de marktwaarde op andere markten in het marktwaardeonderzoek worden betrokken 267
 - d. Het BGH ziet er streng op toe dat waardemetingen verricht worden 268
2. *Het objectieve element: de eis dat de ongelijkwaardigheid van prestaties ‘opvallend’ of ‘bijzonder groot’ is* 269
 - a. De vuistregel 269
 - b. De termen ‘opvallende wanverhouding’ en ‘bijzonder grote wanverhouding’ betekenen ongeveer hetzelfde 269
 - c. Niet alleen de ‘relatieve’, ook de ‘absolute’ omvang van de benadeling is van belang 269
 - d. Alternatieve beoordeling van de ‘opvallende wanverhouding’ bij kredietovereenkomsten 271
 - e. ‘Opvallende wanverhouding’ is geen exact criterium: beoordeling van de woekerachtigheid van kanscontracten wordt mogelijk geacht 272
3. *Het vermoede ‘subjectieve element’* 273
 - a. Het ‘subjectieve element’ nauwelijks zelfstandig ontwikkeld 273
 - b. Invulling van het ‘subjectieve element’ aan de hand van de subjectieve vereisten van § 138 II BGB vond geen genade in de ogen van het BGH 274
 - c. Door de dwingendheid van de vermoedensregel leek het alsof overeenkomsten enkel op grond van objectief nadeel werden aangetast en het ‘subjectieve element’ geen rol speelde 275

Uitleiding: de Duitse woekerlaesio evolueerde in de richting van de Oostenrijkse dwalingslaesio 276

Hoofdstuk X: CIVIELRECHTELIJKE WOEKER NAAR OOSTENRIJKS RECHT 278

Inleiding 279

1. § 879 II Z 4 ABGB kent drie elementen 280

- a. Het eerste element: benadeling (Auffallendes Missverhältnis) 280
 - a.1. Benadelingsvereiste niet exact: § 879 II Z 4 ABGB toepasbaar op kanscontracten 281
 - a.2. Woeker niet alleen bij wederkerige overeenkomsten 282
 - a.3. Objectieve of subjectieve benadeling 283
- b. Het tweede element: 'zwakte' (Schwäche, unwirtschaftliche Eigenschaften) 285
- c. Het derde element: 'misbruik' (Ausbeutung) 287

2. Verlichting van de bewijslast ten aanzien van een of meer elementen 290

- a. De hoofdregel regelt niet alles 290
- b. 'Zwakte' vermoed op grond van 'opvallende wanverhouding' 290
- c. Terugvallen op de 'open norm' van § 879 I ABGB 291

Uitleiding: woeker en het 'bewegliche System der Elemente' 293

Conclusie 297

Samenvatting 309

Synopsis (Samenvatting in het Engels) 317

Verkort aangehaalde literatuur 325

Jurisprudentie 337

Tien stellingen, behorende bij het proefschrift 341

INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

De laatste decennia zijn veel consumenten in Nederland gedupeerd door nadelige overeenkomsten met banken en verzekeraars of met andere handtekeningenjagers, zoals thuiswinkelbedrijven, sms-dienstenaanbieders, abonnementen- en advertentieverkopers, en energie-, kabel-, internet-, telecom- en creditcardmaatschappijen.

‘Woeker’ is weer actueel geworden, terwijl na de Tweede Wereldoorlog dit begrip bijna in vergetelheid was geraakt. Voor onze hedendaagse woeker zijn verschillende oorzaken aan te wijzen, maar één ding is zeker: alle schade is voortgekomen uit ongelijkwaardige overeenkomsten, dat wil zeggen uit overeenkomsten die voordelig waren voor de ene partij en nadelig voor de andere.

Het Nederlandse overeenkomstenrecht huldigt het beginsel van de contractsvrijheid. Iedereen kan deelnemen aan het rechtsverkeer en is vrij om contracten te sluiten met andere deelnemers aan het rechtsverkeer en deze contracten zijn bindend, ongeacht de inhoud ervan. “In een vrije samenleving hebben burgers het recht zelfdestructieve beslissingen te nemen, anders betekent die vrijheid niets meer.”¹ Deze zin van de columnist Arnon Grunberg belicht een van de minder bekende aspecten van (contracts)vrijheid. Iedereen is vrij om zichzelf via woekerpolissen of andere contracten nadeel te berokkenen.

Nakoming van contracten is af te dwingen via het gerechtelijk systeem. Dit geldt ook voor ongelijkwaardige contracten. Een eigenschap van dergelijke contracten is dat de ene partij nadeel lijdt, terwijl de andere partij voordeel heeft. De kans op enorm voordeel werkt enorm uitnodigend. De mogelijkheid om bindende en afdwingbare ongelijkwaardige overeenkomsten te sluiten wordt door sommige partijen opgevat als een open uitnodiging om zoveel mogelijk ongelijkwaardige contracten te sluiten met al dan niet naar zelfdestructie neigende burgers. De Duitse jurist Rudolf Jhering schreef anderhalve eeuw geleden dat onbeperkte contractsvrijheid werkt als een vrijbrief voor afpersing.² De Oostenrijkse jurist Anton Menger kwalificeerde de contractsvrijheid die ten grondslag lag aan het BGB van 1896 (in werking getreden in 1900) als ‘vrijheid met de galg ernaast’.³ Naar aanleiding van recente ervaringen met woeker mag men de vraag stellen: nodigt het Nederlands verbintenissen- en overeenkomstenrecht uit tot woekerpraktijken?

Eerst waren het de aandelenlease-overeenkomsten die een schandaal veroorzaakten, later de woekerpolissen. Meer dan een miljoen huishoudens raakten gedupeerd doordat zij nadelige

1 Arnon Grunberg schreef deze regel in zijn column ‘Miserabilisme’ op de voorpagina van de Volkskrant van 23 november 2011.

2 “Unbeschränkte Verkehrsfreiheit ist ein Freibrief zur Erpressung, ein Jagdpaß für Räuber und Piraten mit dem Recht der freien Pürsch auf alle, die in ihre Hände fallen.”, Volgens Caro 1893, p. 50, ontleende Von Rzyz deze woorden aan Rudolf Jherings *der Zweck im Recht*.

3 Menger 1908, p. 156: ‘eine Freiheit mit dem Galgen daneben’

contracten hadden gesloten. Beide affaires werden aan de orde gesteld in het tv-programma Tros Radar, gepresenteerd door Antoinette Hertsenberg.⁴ De term ‘woekerpolis’ werd door de makers van dit programma gemunt. Gedupeerden kregen van de zijde van banken en verzekeraars compromisvoorstellen ter compensatie van een deel van hun schade. Voor de aandelenlease-affaire werd de Duisenberg-regeling bedacht. Ook in de woekerpolis-affaire werden compromissen bedacht. Te gast in de Tros-Radar-uitzending van 20 december 2010 was een hoogleraar in de Rechtsgeleerdheid te Wageningen, die zelf gedupeerde was, nadat hij een overeenkomst voor een ‘Falcon levensplan’ had afgesloten. De gedupeerde hoogleraar, Bernd van der Meulen, zag niets in een compromis en stelde een radicalere oplossing voor: vernietiging van de overeenkomst via het wilsgebrek ‘dwaling’ (art. 6:228 BW). Van der Meulen gaf aan liever van ‘dwaalpolis’ dan van ‘woekerpolis’ te spreken. Zijn beroep op dwaling was in een voorlopig vonnis van de Rechtbank Haarlem toewijsbaar geacht. In de uitzending werd verduidelijkt dat toewijzing van een beroep op dwaling in een dergelijke zaak een zeldzaamheid was. Enige tijd later werd in het eindvonnis de toewijsbaarheid van het beroep op dwaling bevestigd, waarbij overigens de overeenkomst niet werd vernietigd, omdat de wederpartij (Falcon) aanbod om conform art. 6:230 BW het nadeel ervan op te heffen.⁵ Dit vonnis werd een doorbraak genoemd in de wederom aan deze kwestie gewijde uitzending van Tros Radar van 7 februari 2011. Van der Meulen wilde voor andere polishouders spreekwoordelijk de deur openzetten voor meer acties tot vernietiging van woekerovereenkomsten. Naar aanleiding van de tv-uitzendingen meldden zich vele andere polishouders.

1. Een oude traditie in het Nederlandse recht

De Nederlandse wet bevat geen specifiek tegen nadelige overeenkomsten gerichte voorzieningen, zoals de *laesio enormis*. Wel bevat het Burgerlijk Wetboek regelingen van de wilsgebreken ‘dwaling’ (art. 6:228 BW) en ‘misbruik van omstandigheden’ (art. 3:44 lid 4 BW). Echter, de aan deze wilsgebreken gewijde wetteksten geven geen aanleiding om te veronderstellen dat aan de ongelijkwaardigheid van een overeenkomst een argument kan worden ontleend voor vernietiging ervan. Tekstuele verwijzingen naar ‘nadeligheid’ zijn bewust geweerd en zelfs verwijderd uit de tekst van het wetsontwerp voor ‘misbruik van omstandigheden’. In een in 1972 verschenen artikel juichte A.S. Hartkamp deze gang van zaken toe, omdat hiermee “aan de talrijke voorstanders van het vereiste van financiële benadeling (...) een tekstueel wapen uit de hand wordt geslagen en zodoende (...) uitzicht wordt geboden op een minder materialistische en dus betere rechtsontwikkeling.”⁶ Wie meent dat Hartkamp bevangen was door de vrije jaren ’70 eksperimenteer-geest, heeft het mis. Het niet noemen van het element benadeling paste in een oude Nederlandse traditie. Deze traditie verzet zich tegen de ontwikkeling van tegen nadelige overeenkomsten gerichte voorzieningen.

De Nederlandse wetgever koos er al vaker bewust voor een voorziening tegen nadelige overeenkomsten niet in de wet op te nemen. Niet alleen bij ‘misbruik van omstandigheden’, maar ook bij *imprévision* (art. 6:258 BW), non-conformiteit (7:17 BW) en wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 sub 2 BW) is ervoor gekozen termen als ‘benadeling’ of ‘nadeligheid’ niet expliciet te noemen. Ten tijde van de invoering van de aan ‘algemene voorwaarden’ gewijde afdeling 6.5.3 BW heeft de wetgever expliciet aangegeven te willen voorkomen dat de ‘leer van het *iustum pretium*’

4 Zie de webpagina: www.trosradar.nl

5 Zie Rb Haarlem 17 juni 2009, *LJN* BI7834 en Rb Haarlem 26 januari 2011, *LJN* BP3482.

6 Hartkamp 1972, p. 380

gedeeltelijk zou worden heringevoerd.⁷ Om deze reden heeft de wetgever in art. 6:231 BW bepaald dat ‘kernbedingen’ in ‘algemene voorwaarden’ geen ‘algemene voorwaarden’ zijn, zodat ze niet op grond van ‘onredelijke bezwarendheid’ in de zin van art. 6:233 BW vernietigbaar zijn, zulks in afwijking van het Duitse *AGB-gesetz* van 1977 (tegenwoordig opgenomen in § 305-310 BGB) waarop de Nederlandse regeling gebaseerd was. Verder terug in de geschiedenis, toen het Burgerlijk Wetboek van 1838 tot stand kwam als vertaling van de Franse *Code Civil*, werd de *lesion énorme* van art. 1674 e.v. CC. niet meevertaald.⁸

De Nederlandse traditie om geen aandacht te besteden aan het element benadeling is vooral in wetgeving waarneembaar. In de literatuur en de rechtspraak wordt wél aandacht besteed aan het element benadeling. Toch heeft de Nederlandse traditie grote invloed op de literatuur en de rechtspraak. Dankzij de traditie is het element benadeling zeer onbekend en is men er niet mee vertrouwd geraakt. Hierdoor werd er in de literatuur over geschreven, zoals men schrijft over een grote onbekende: een deel van de schrijvers is vol verwachting, een deel van de schrijvers is vol afkeer, nuance en gedifferentieerdheid raken soms zoek. Zo onstonden deels veel te ruime invullingen van het *iustum pretium* en deels veel te beperkte.

Het feit dat in de wet vrijwel nooit naar de factor benadeling wordt verwezen, heeft uiteraard ook invloed op de rechtspraak. Dit is zichtbaar te maken aan de hand van rechtsvergelijking. Andere rechtstelsels kennen specifieke rechtsfiguren waarmee ernstige nadelige overeenkomsten kunnen worden vernietigd. In andere rechtstelsels komt de factor benadeling bovendien aan de orde bij de toepassing van ‘open normen’. De Nederlandse rechter vult dergelijke open normen minder snel in met behulp van de factor benadeling. Ook dat is een effect van de Nederlandse traditie, die er op deze manier voor zorgt dat de factor benadeling een onbekende *blijft*.

Voorbeelden van open normen bieden de wetsartikelen betreffende ‘redelijkheid en billijkheid’ (art. 6:248 BW) of ‘strijd met de goede zeden’ (art. 3:40 BW). Laatstgenoemde norm is een restant van de onder het oude BW van 1838 geldende eis van een ‘geoorloofde oorzaak’ (art. 1356 sub 4 jo 1371 Oud BW), welke een vertaling was van de in het Franse recht geldende eis van een ‘*cause licite*’ (art. 1108 CC). Het gebeurt in de Franse rechtspraak over de *cause* wel dat overeenkomsten wegens een ‘bespottelijke prijs’ (*prix derisoire*) nietig worden verklaard. In Duitse rechtspraak is talloze malen bevestigd dat bijzonder ongelijkwaardige overeenkomsten als ‘in strijd met de goede zeden’ (*sittenwidrig* in de zin van § 138 I BGB) nietig zijn. Bij toepassing van open normen in de Nederlandse rechtspraak daarentegen speelt de nadeligheid (of ongelijkwaardigheid) van overeenkomsten niet vaak een rol bij de vernietiging van overeenkomsten.⁹ En als het wel een rol speelt, zoals in het bekende arrest Van Elmbt/Feierabend, wordt niet onderzocht, waarin de nadeligheid van de overeenkomst precies heeft bestaan.¹⁰

7 Parl. Geschiedenis Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1521. De term ‘*iustum pretium*’ werd hier door de wetgever gebruikt met de (rhetorische) bedoeling een negatieve associatie op te roepen met een veronderstelde, bevoogdende middeleeuwse praktijk om in contracten geen enkele afwijking van de ‘rechtvaardige prijs’ (*iustum pretium*) te dulden.

8 Over de afschaffing van de *laesio enormis* in Nederland meer in hoofdstuk III. Andere rechtstelsels in die tijd behielden de *laesio enormis* wel.

9 Zie voor een incidentele uitzondering, waarbij een overeenkomst vanwege de eenzijdigheid ervan als in strijd met de goede zeden is vernietigd: Ktg Winschoten 5 oktober 1999, NJ 2000, 388 (Arlo periodieken bv/Garrelds wegenbouw).

10 HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104.

2. Zeven argumenten voor de Nederlandse traditie en hun weerlegging

De Nederlandse traditie bestaat om nadeligheid van overeenkomsten geen rol te laten spelen bij de vernietiging van overeenkomsten is met verschillende argumenten te verdedigen. Het zijn gedeeltelijk dezelfde argumenten die voor onbeperkte bindendheid van overeenkomsten pleiten. Ik zal nu zeven van deze argumenten presenteren. Daarbij zal ik tevens aangeven hoe alle zeven argumenten zijn te weerleggen of te nuanceren.

2.a. *Ongelijkwaardige overeenkomsten bestaan niet*

Men kan ontkennen dat ongelijkwaardige overeenkomsten bestaan. Men dient dan uit te gaan van twee premissen. Ten eerste moet men ervan uitgaan dat de waarde van goederen en diensten slechts afhangt van de persoonlijke behoefte van contractsluitende partijen. Ten tweede dient men ervan uit te gaan dat een overeenkomst, als wilshandeling, perfect de wil van partijen weergeeft en dat derhalve de erin besloten liggende waardeverhouding gewild is en de behoeften van partijen weerspiegelt.¹¹

Men kan waarde als een subjectief begrip beschouwen, maar niet te ontkennen is dat er hiernaast een objectief waardebegrip bestaat. Dit moet echter niet worden verstaan in de zin van 'onveranderlijke waarde' (niets is onveranderlijk). Het begrip objectieve waarde moet begrepen worden in de zin van extern vaststelbare waarde. Meestal spreekt men van *marktwaarde*.

Men kan veronderstellen dat datgene wat in een contract is vastgelegd overeenstemt met hetgeen partijen hebben gewild, maar men moet niet doen alsof deze veronderstelling onfeilbaar is. Slechts in beperkte mate garandeert het feit dat partijen een overeenkomst hebben gesloten dat de overeenkomst rechtvaardig, gelijkwaardig en gewild is.

2.b. *Bindendheid van contracten volgt uit de deugd van de oprechtheid*

Men kan stellen dat wie een overeenkomst sluit en hem vervolgens wil vernietigen, als het ware eerst 'ja' en dan 'nee' zegt en hierdoor handelt in strijd met de ethische deugd van de oprechtheid, die tevens een bijbels gebod is: "Laat uw ja ja zijn en uw nee nee" (Mattheüs 5:37).

Inderdaad lijkt het onoprecht, indien men eerst een overeenkomst sluit (dat is 'ja'-zeggen) en vervolgens ontkent dat de overeenkomst is tot stand gekomen (dat is 'nee'-zeggen) of probeert deze te vernietigen. Maar iemands onoprechtheid hangt, net als andere 'zonden', af van de intenties. Wie bedoelde 'nee' te zeggen tegen een overeenkomst, maar in werkelijkheid 'ja' zei, heeft zich vergist; zijn wil ontbrak. Deze gedraging kan men een onoplettendheid noemen, maar geen onoprechtheid. Hetzelfde geldt wanneer iemand een overeenkomst sluit onder invloed van het wilsgebrek dwaling. Iemand koopt bijvoorbeeld een computer vanuit de veronderstelling dat zijn eigen computer kapot is. Is degene die eerst een computer wil kopen en dat ook doet, maar na de ontdekking van zijn dwaling van de koop af wil, onoprecht te noemen? Neen, want hij

11 Zie voor de beide premissen Hobbes (1651) 1998: "The value of all things contracted for, is measured by the appetite of the contractors: and therefore the just value, is that which they be contented to give.", (p. 100, hoofdstuk 15) en "The matter, or subject of a covenant, is always something that falleth under deliberation; (for to covenant, is an act of the will, that is to say an act, and the last act, of deliberation;)" (p. 92, hoofdstuk 14).

heeft in zijn eigen beleving steeds de waarheid gesproken. Men kan degene die dwaalt of zich vergist onoplettendheid verwijten, maar geen onoprechtheid.

Juristen die pleiten voor sterke bindendheid van overeenkomsten, laten overigens het argument van de oprechtheid doorgaans liever onvermeld. Al dan niet met in het achterhoofd de belangen van goedbetalende klanten in de wereld van de handel, houdt men vast aan het Romeinsrechtelijke adagium dat bij het sluiten van overeenkomsten *se circumvenire* of *se circumscribere* is toegestaan. Dit houdt in dat men elkaar een beetje mag beliegen, dat men elkaar wat zand in de ogen mag strooien en andere trucjes mag uithalen om een zo gunstig mogelijke overeenkomst te kunnen sluiten.¹²

2.c. *De eigen verantwoordelijkheid om geen nadelige overeenkomsten te sluiten*

Men kan zich keren tegen de vernietigbaarheid van nadelige contracten met het argument dat het sluiten van contracten en het daarbij mijden van nadeel ieders 'eigen verantwoordelijkheid' is en moet zijn. Er is niets natuurlijker dan dat men van zijn eigen handelen zelf consequenties ondervindt. Wie een overeenkomst sluit, raakt gebonden. Wie een nadelige overeenkomst sluit, lijdt nadeel. Wie een overeenkomst sluit die hij bij nader inzien liever niet had gesloten, raakt gebonden aan een overeenkomst die hij liever niet had gesloten.

Wie de consequenties van zijn handelen onprettig vindt, had anders moeten handelen.¹³ Eigen verantwoordelijkheid is nauw verbonden met het autonomiebeginsel. Men heeft de vrijheid overeenkomsten te sluiten over wat men wil en met wie men wil; men heeft ook de daarbij passende verantwoordelijkheid op te letten dat het contract dat men sluit inderdaad overeenkomt met wat men wil. Het is niet mogelijk deze eigen verantwoordelijkheid over te hevelen naar een ander, want uiteindelijk kan niemand anders dan de contractant zelf uitmaken of hij een overeenkomst werkelijk wil.

De 'eigen verantwoordelijkheid' is een veelgebruikt argument om schade die uit contracten voortkomt voor rekening te laten van de gedupeerde. Echter, het sluiten van een contract is niet alleen te beschouwen als iets dat men zichzelf aandoet; men kan het evengoed zien als een handelen dat de wederpartij de benadeelde aandoet. En omdat bij het sluiten van contracten minimaal twee partijen betrokken zijn, kan men het ook nog zien als een handeling waarvoor beide (of alle) partijen een gedeelde verantwoordelijkheid dragen.¹⁴ De vraag is: wie is het meest verantwoordelijk, de benadeelde, diens wederpartij of alle betrokkenen in gelijke mate? Ik beweer niet dat de benadeelde zelf geen verantwoordelijkheid hoeft te dragen. Mensen hebben een 'eigen verantwoordelijkheid' bij het sluiten van overeenkomsten en moeten hun handelen in overeenstemming laten zijn met hun gedachten. Maar het argument van de 'eigen verantwoordelijkheid' moet niet worden misbruikt om de aandacht af te leiden van de rol die de wederpartij speelt

12 Zie de Digestenteksten D.4.4.16.4 en D.19.2.22.3.

13 Hobbes (1651) 1998, p. 90: "For if he would not have his words so be understood, he should not have let them run".

14 "It takes two to tango. Wanneer iemand schuld aangaat, moet er ook een crediteur zijn. Als er een probleem ontstaat, hebben beiden zich vergist. Dus moeten ze ook de kosten delen," aldus werd econoom Paul de Grauwe geciteerd door Map Oberndorff en Tomas Vanheste in het artikel 'Schulden zijn onschuldig', weekblad Vrij Nederland, 8 oktober 2011, p. 37. Het citaat lijkt te getuigen van de opvatting van een gedeelde verantwoordelijkheid met betrekking tot de schuldencrisis in Europa.

bij de totstandkoming van de overeenkomst. Iemand die is opgelicht heeft zichzelf iets te verwijten, maar dat moet niet als een beletsel worden gezien om een juridische blik te werpen op de gedragingen van de oplichter.

2.d. *Opvoedkundige benadeling*

Wie inzake het sluiten van contracten ‘halfwassen’ is en nog niet goed zijn eigen verantwoordelijkheid kan dragen, heeft nog iets te leren. In aanvulling op het argument dat het de ‘eigen verantwoordelijkheid’ van mensen is om nadelige contracten te mijden, wordt wel betoogd dat het dragen van de nadelige consequenties van het eigen onverstandige handelen leerzaam is en leidt tot verantwoordelijkheidsgevoel, kortom onmisbaar is voor de volwassenwording. De Münchense hoogleraar ondernemingsrecht Stephan Lorenz uitte zich in deze zin en stelde bezorgd vast dat tegenwoordig de eigen verantwoordelijkheid langzaam maar zeker verdwijnt.¹⁵ Opvoedkundige hardheid speelde een hoofdrol in Bordewijks bekendste roman *Karakter*. Toen vader Dreverhaven in zijn hoedanigheid van deurwaarder bij zijn zoon Katadreuffe een oude woekerschuld kwam innen, deed hij dat vanuit een diep gevoelde opvoedkundige liefde. Hij deed slechts wat nodig was voor de vorming van het karakter van zijn zoon.

Kwalijk handelen wordt soms gelegitimeerd als het een pedagogisch doel dient, maar het verdient aanbeveling zowel kritisch te kijken naar het handelen als naar de pedagogische werking ervan. Het lijden van nadeel ten gevolge van een nadelig contract zal op zichzelf niet heel leerzaam zijn. Het aangaan van een juridische strijd tegen een nadelig contract is wél leerzaam. Het is alleen al om deze reden goed als er enige mogelijkheid bestaat om een juridische strijd tegen een nadelige overeenkomst te voeren.

Over de vraag of ieders karakter gehard moet worden, of eenieder met geld moet kunnen omgaan, en of iedereen ‘volwassen’ moet worden inzake het sluiten van contracten, kan men van mening verschillen. Misschien is in onze huidige maatschappij de handigheid inzake het sluiten van contracten (en de vaardigheid om zich niet te laten verleiden tot nadelige contracten) een té bepalende factor voor het menselijk (on)geluk.

2.e. *Een versterkte economische prikkel*

Het behoeft geen betoog dat handel bevorderlijk is voor de welvaart. In weerwil van de volkswijsheid ‘van ruilen komt huilen’, zijn doorgaans beide partijen gebaat bij een ruil. Handelen is ruilen; of het nu gebeurt met goederen en diensten of met geld en rechten. Door ruilen wordt meerwaarde gecreëerd voor partijen en als veel partijen ruilen wordt meerwaarde gecreëerd voor een hele samenleving. De meerwaarde vormt de economische prikkel tot het ruilen.¹⁶

15 “Die Selbstverantwortung schwindet”. Dabei müsse ein Konsument auch mal einen unvernünftigen Vertrag schliessen, um erwachsen zu werden.” Aldus werd de mening van Stephan Lorenz weergegeven door Joachim Jahn, ‘Ich betrüge dich – willst du das wirklich?’, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 12 april 2011, via www.faz.net.

16 Dat een ruil doorgaans gunstig uitwerkt voor beide partijen, komt doordat de goederen die worden geruild bij de ene partij efficiënter gebruikt kunnen worden / of meer gewild zijn (een hoger nut opleveren) dan bij de andere. Deze redenering gaat alleen op, als men erkent dat naast de objectieve waarde (of marktwaarde) ook een subjectieve waarde (of gebruikswaarde) bestaat. Deze twee waardebegrippen keren steeds terug.

Men mag hier voor ‘ruilen’ ook lezen ‘het sluiten van overeenkomsten’ en voor ‘meerwaarde’ mag men lezen ‘winst’. De mogelijkheid om winst te maken vormt een belangrijke prikkel om overeenkomsten aan te gaan. Hoe groter de winst is die men via het aangaan van overeenkomsten kan behalen, des te sterker is de prikkel om overeenkomsten aan te gaan. Hoe sterker deze prikkel, des te meer overeenkomsten en des te groter de welvaart. Voorwaarde is wel dat overeenkomsten bindend zijn. Immers, zonder bindendheid zouden er niet veel overeenkomsten gesloten worden, afgezien van wat lokale ruilhandel.¹⁷ En zou men enkel de min of meer gelijkwaardige overeenkomsten bindend verklaren, dan zou men de deur naar nutsmaximalisatie half dicht houden. Het enige wat men hoeft te doen om de deur naar maximale welvaart te openen, is alle overeenkomsten, zelfs de meest ongelijkwaardige, bindend te verklaren.

In bovenstaande redenering is één aspect opzettelijk verdoezeld, namelijk het gegeven dat zeer ongelijkwaardige overeenkomsten doorgaans per saldo geen voordeel bieden. In deze tak van de handel staan tegenover grote winsten aan de kant van de bevoordeelden grote verliezen aan de andere kant. Het kan zijn dat er op korte termijn winst lijkt te zijn, omdat de verliezen zodanig zijn verpakt (moeilijk zichtbaar zijn gemaakt door middel van intransparante formuleringen) dat zij alleen op lange termijn zichtbaar worden. Uiteindelijk is er dan geen winst voor de samenleving. De handel met zeer ongelijkwaardige overeenkomsten leidt per saldo zelfs tot verlies. Het verlies zit hem in de kosten die gemoeid zijn met contracteren, verder in het vertrouwensverlies dat onvermijdelijk optreedt aan de zijde van de benadeelden, en in het maatschappij-ontwrichtende effect dat op kan treden, wanneer, nadat eerst jarenlang enkel de grote winsten zichtbaar waren en de nadelen verborgen bleven, in één klap duidelijk wordt dat tegenover de grote winsten nadelen stonden, die minimaal even groot waren.¹⁸

2.1. *Te veel bescherming is onpraktisch*

Er zijn teveel regels. Hierdoor is het recht onoverzichtelijk, de rechtstoepassing te duur en de werklast voor rechtbanken te hoog. Zou men nu ook nog een voorziening tegen nadelige overeenkomsten invoeren, dan zou dit betekenen dat men nog meer beschermingsregels toevoegt aan een wetboek dat reeds te veel beschermende bepalingen kent.¹⁹ De verhoging van de werklast zou enorm zijn, want er zou een grote aanzuigende werking van de voorziening uitgaan en het zou de vaststelling van de waardeverhouding tussen prestaties noodzakelijk maken, hetgeen erg arbeidsintensief is.

Ondanks alle beschermende wetgeving nodigt ons recht uit tot gedrag dat zich het best laat omschrijven als ‘handtekeningen jagen’: op zoek gaan naar zo veel mogelijk mensen die hun handtekening zetten onder een voor hen zeer nadelige overeenkomst. Inmiddels is, ter verdere

17 Vergelijk Asser/Hartkamp 1997, nr. 37: zonder het vertrouwen of de zekerheid dat beloften worden ingelost, “zou geen maatschappij tot economische ontwikkeling kunnen komen.”

18 Mensen die zich hebben laten overhalen aandelen te leasen en woekerpolissen af te sluiten, zullen voor lange tijd een aversie hebben tegen provisies, tegen beleggen, tegen banken en verzekeraars en tegen de voor dergelijke instellingen optredende tussenpersonen. Als ze al bereid zijn nieuwe contracten over financiële producten af te sluiten, zullen zij dit met minder vertrouwen doen. Frank Kalshoven, schreef in zijn column in het economie-katern van de Volkskrant van 25 sept. 2010: “In een samenleving, waarin mensen elkaar en hun instituties vertrouwen, hoeft niet elk onderdeel van een transactie bekeken, beklopt en vastgelegd te worden.” Wantrouwen leidt tot hogere transactiekosten en dat is niet welvaartsbevorderend.

19 Vergelijk Hartlief 1999, p. 247; de titel van paragraaf 8 luidt: ‘Er is al bescherming genoeg’.

versterking van de reeds tamelijk uitgebouwde consumentenbescherming, een regeling toegevoegd waarmee gedragingen van partijen, die zich in hun streven naar winst hebben laten verleiden tot *oneerlijke handelspraktijken*, kunnen worden aangepakt. Dat is de sinds 2008 in het BW opgenomen regeling van artt. 6:193a e.v. BW (volgend op het onrechtmatige daad-recht). De hoeveelheid regels, vaak afkomstig 'uit Europa', laat zien dat men hecht aan bescherming van consumenten en aan een *fair* proces van contractsvorming. Men eist echter niet een *fair* contract. Naar mijn mening zou men met minder consumentenbescherming en met minder procedurele regels op het gebied van het sluiten van overeenkomsten toekunnen, als men wél de eis zou stellen dat overeenkomsten zelf enigszins *fair* zijn. De vrees dat bij de herinvoering van een specifiek op vernietiging van nadelige overeenkomsten gerichte voorziening onoverkomelijke problemen van praktische aard zullen ontstaan, is eenvoudig weg te nemen. Men hoeft slechts te wijzen op het feit dat in diverse buitenlandse rechtstelsels, zoals het Duitse of het Oostenrijkse, men al veel ervaring heeft met dergelijke voorzieningen en dat men daarbij niet op onoverkomelijke bezwaren van praktische aard is gestuit.

2.g. *Absolute bindendheid van overeenkomsten is een teken van beschaving*

Voorzieningen tegen nadelige overeenkomsten gaan in tegen het principe van de bindendheid van overeenkomsten. Als overeenkomsten niet bindend zijn, zijn ze vrijblijvend en als ze vrijblijvend zijn, kunnen mensen er niet op vertrouwen dat zij in hun behoeften kunnen voorzien middels het sluiten van contracten. Het gevolg zal zijn dat mensen op een andere manier in hun behoeften proberen te voorzien. De 17e-eeuwse denker Thomas Hobbes zag hier de situatie ontstaan dat mensen onbegrensde welvaart voor zichzelf claimen, waarin 'alles van iedereen is'. Deze situatie werd door hem gekenschetst als een 'natuurtoestand' en als 'oorlog van allen tegen allen'.²⁰ Ter voorkoming van deze anarchie bepleitte Hobbes absolute bindendheid van overeenkomsten, ook van ongelijkwaardige contracten en zelfs van contracten die uit angst waren gesloten.

Hobbes roerde een belangrijk punt aan, maar zijn oplossing werkt niet. Wetgeving dient ertoe te verhinderen dat chaos ontstaat, dat iedereen maar pakt wat hij pakken kan en dat de sterkeren de zwakkeren benadelen. Dezelfde overwegingen lagen ten grondslag aan één van de vroegste wetgevingen, de rond het jaar 1780 voor Christus in zwart natuursteen uitgehakte Babylonische *Codex Hammurabi*. Als motief voor deze *Codex* gold: te voorkomen dat de boosaardigen de zwakkeren benadelen.²¹ Hobbes' absolute bindendheid van overeenkomsten voorkomt niet dat de sterkeren de zwakkeren benadelen, doordat zij ertoe uitnodigt dat de boosaardigen contracten gebruiken als middel om zwakkeren te benadelen.²²

20 Hobbes 1651 (1998), hoofdstuk 13-15 (p. 85-87, p. 95). Hobbes is ook degene die de uitdrukking 'homo homini lupus est' bekendheid heeft gegeven. Zie met name p. 95: "From that law of nature, by which we are obliged to transfer to another, such rights, as being retained, hinder the peace of mankind, there followeth a third; which is this, *that men perform their covenants made*: without which, covenants are in vain, and but empty words; and the right of all men to all things remaining, we are still in the condition of war."

21 Een op <http://eawc.evansville.edu> gevonden passage uit preliminaire overwegingen voor de wetgeving van Hammoerabi: "to bring about the rule of righteousness in the land, to destroy the wicked and the evil-doers; so that the strong should not harm the weak" (vertaling door L.W. King)

22 Hobbes streefde met zijn opvatting over contracten een ander doel na, namelijk een basis voor een sterk gezag. Hij zag de relatie tussen vorst en onderdanen als een contractuele. De absolute bindendheid van dit contract moest leiden tot een sterke autoriteit van de vorst. De uiteindelijke bedoeling was door middel van dit sterke gezag een einde te maken aan de toestand van anarchie (of constante oorlog van iedereen tegen iedereen) waarin burgers elkaar veel nadeel berokkenen.

3. De probleemstelling

De vraag of het Nederlandse recht uitnodigt tot woekerpraktijken is nu bevestigend beantwoord. Inderdaad vormt de Nederlandse traditie om ongelijkwaardige overeenkomsten net zo bindend te achten als gewone gelijkwaardige overeenkomsten, voor bepaalde partijen een uitnodiging tot het sluiten van - voor hen zeer winstgevende - volkomen ongelijkwaardige contracten. Met deze Nederlandse traditie dient gebroken te worden. De probleemstelling van deze dissertatie betreft de logische vervolgvraag; hoe zou binnen het Nederlandse recht het best gestalte kunnen worden gegeven aan een voorziening tegen nadelige overeenkomsten?

Ter beantwoording van deze vraag wordt gekeken naar voorbeelden in andere Europese landen en worden enkele rechtshistorische onderwerpen onderzocht. De nadruk ligt op behandeling van de wilsgebreken dwaling en misbruik van omstandigheden. De wilsgebreken misbruik van omstandigheden en dwaling functioneren niet goed zonder aandacht voor de factor benadeling. Omgekeerd geldt dat vernietiging van overeenkomsten op 'grond van benadeling' eigenlijk wordt uitgesproken op grond van vermoede wilsgebreken. Niet voor niets koos hoogleraar Bernd van der Meulen ervoor zijn eigen woekerpolis-overeenkomst te vernietigen via een beroep op het wilsgebrek dwaling.

AFDELING EEN: RECHTSGESCHIEDENIS

Hoofdstuk I: *IUSTUM PRETIUM*

Inleiding: betekenissen van het begrip iustum pretium

Thomas van Aquino heeft het begrip *iusum pretium*, dat letterlijk is te vertalen als ‘rechtvaardige prijs’, verbonden met Aristoteles’ concept van ruilrechtvaardigheid. Dat is op zichzelf een eenvoudig concept: ruilrechtvaardigheid bestaat wanneer gelijkwaardige prestaties geruild worden, zodat géén van de partijen winst maakt of verlies lijdt. Thomas van Aquino’s *iusum pretium* was als norm niet bestemd voor het positieve recht. Het was een moraal-ethische norm, bestemd voor het geweten.

Om te kunnen oordelen over de gelijkwaardigheid van een ruil, dient men de waarde van de geruide goederen vast te stellen. Wat bepaalt de waarde van een goed? Daarover bestaan verschillende opvattingen. Doorgaans gaat men ervan uit dat ‘de markt’ dit doet en dan houdt gelijkwaardigheid in: gelijke marktwaarde. Er bestaan andere opvattingen. Men kan de waarde van een goed ‘subjectief’ beschouwen, als bepaald door persoonlijke behoefte. Ook is de opvatting verdedigd dat de waarde van goederen wordt bepaald door de erin belichaamde arbeid en dan daarbij sprak men over ‘arbeidswaarde’. Al deze drie visies op waarde, die afzonderlijk zullen worden toegelicht, zijn te vinden in het Thomistische begrip *iusum pretium*.²³

In Nederlandse rechtsliteratuur werd vanaf de jaren dertig van de vorige eeuw het begrip *iusum pretium* veel gebruikt, maar in een andere betekenis dan Thomas van Aquino er aan had gegeven. De aanzet hiertoe gaf Kamphuisen, toen hij sprak van een herleving van het *iusum pretium*, dat ‘eene groote beginsel’, dat volgens hem overal werd toegepast, maar veel te weinig werd genoemd.²⁴ In de huidige tijd zou men het beginsel, dat Kamphuisen destijds voor ogen stond, aanduiden als ‘redelijkheid en billijkheid’. Kamphuisen en zijn medestanders wilden bewijzen dat het beginsel van de bindende kracht van overeenkomsten (*pacta sunt servanda*) kon worden doorbroken door een ander beginsel. Zij noemden dit beginsel niet redelijkheid of billijkheid, zij noemden het *iusum pretium*. Dit stuitte op tegenstand. Kamphuisen had over een rechtvaardigheids*beginsel* gesproken. Zijn tegenstanders beschreven het *iusum pretium* als een concrete, positiefrechtelijke rechtsfiguur. Door de begripsverwarring kwam een discussie niet echt van de grond.

23 Weliswaar beoordeelde Thomas van Aquino de gelijkwaardigheid van prestaties voornamelijk aan de hand van de marktwaarde, maar in sommige situaties achtte hij een prijs pas rechtvaardig als de arbeidswaarde of de subjectieve waarde in de prijs was verdisconteerd. Daarover straks meer.

24 Kamphuisen 1933, p. 275: “...de oude leer van het *iusum pretium* heeft zich niet alleen gehandhaafd, maar in de laatste jaren een veel ruimer en veel principieeler toepassing gevonden dan ooit tevoren. Alleen men noemt den naam niet, men argumenteert met velerlei argumenten en ziet niet het eene groote beginsel, dat aan al die beslissingen ten grondslag ligt.”

In het positieve recht kwam de term *iustum pretium* voor als maatstaf bij de vaststelling van de mate van nadeligheid van overeenkomsten; het had daarbij min of meer de betekenis van het begrip marktwaarde, ook al klinkt ‘marktwaarde’ neutraal en ‘juiste prijs’ normatief.

Binnen de *lex secunda*, de Justiniaanse rechtsfiguur, waarvan de concrete rechtsfiguur *laesio enormis* is afgeleid, was het *iustum pretium* de maatstaf voor de bemeting van de ‘enorme benadeling’. Tegenwoordig gaat men uit van de marktwaarde als maatstaf, in landen waar de *laesio enormis* wordt toegepast.

Het *iustum pretium* staat in verband met elk van de drie historische rechtsfiguren die in afdeling één van deze dissertatie aan de orde komen: *causa*, *laesio enormis* en woeker. Ten onrechte wordt het *iustum pretium* soms vereenzelvigd met deze drie rechtsfiguren.

Wanneer men schrijft over de *iustum pretium*-leer als een op basis van de *lex secunda* ontwikkeld leerstuk, vereenzelvigt men deze met de rechtsfiguur *laesio enormis*.²⁵ Wanneer men schrijft over ‘de leer van het *justum pretium* met haar absoluut renteverbod’, miskent men dat het woeker- of renteverbod een geheel andere grondslag heeft dan het *iustum pretium*.²⁶ Ook met het *causa*-leerstuk is het *iustum pretium* niet volledig te vereenzelvigen; de *causa* heeft een grotere reikwijdte, doordat zij de deugdzaamheid van overeenkomsten (ook van schenkingsovereenkomsten) in een meer algemene zin betreft.²⁷

1. Het begrip ‘rechtvaardige prijs’

Het begrip rechtvaardige prijs, *iustum pretium* in het Latijn, wordt al sinds mensenheugenis gebruikt.²⁸ Het begrip is veelvuldig en met verschillende functies te vinden in het *Corpus Iuris Civilis* uit de 6^e eeuw na Christus.²⁹ Het begrip is ook niet geheel vreemd aan het huidige Nederlandse BW, zij het dat daarin niet over rechtvaardige, maar over ‘redelijke’ prijs of vergoeding wordt gesproken.

Art. 7:4 BW bepaalt dat een ‘redelijke prijs’ verschuldigd zal zijn ‘wanneer de koop is gesloten zonder dat de prijs is bepaald’. Ten gunste van huurders, werknemers en consumenten kent het

25 Hallebeek 2013, p. 59-64, schreef over de ‘*iustum pretium*-leer’ ter aanduiding van toepassingen van de Justiniaanse *lex secunda* (C.4.44.2). Dat is verwarrend, omdat het bij deze toepassingen niet gaat om het niet juist zijn van de prijs, maar om het lijden van buitensporig nadeel, oftewel *laesio enormis*. Zie ook Hesselink 2004, p. 64.

26 Verg. Van der Kolk 1933, p. 111: “Weliswaar is de leer van het *justum pretium* met haar absoluut renteverbod naar modern inzicht theoretisch onjuist (...).” Zie verder Van Straaten 2002, p. 38 “Het woekervraagstuk vormde onderdeel van de leer van het *justum pretium*.” Zie ook Van Straaten, p. 41, met verwijzing naar Bernard W. Dempsey.

27 Het *iustum pretium* is te zien als geïncorporeerd in de causaleer. De *causa*-eis betreft de vraag of met een overeenkomst een deugdzaam doel wordt beoogd; het tot stand brengen van een rechtvaardige ruil (een ruil tegen een juiste prijs) wordt allereerst als deugdzaam doel geaccepteerd. Dit maakt het *iustum pretium* goed inpasbaar in de causaleer. Omgekeerd is dat lastiger, omdat de causaleer ruimer is dan de *iustum pretium*-norm. Alleen wanneer men de causaleer een meer beperkte betekenis geeft en de *iustum pretium* norm verruimd opvat, kan het wel. Vergelijk Smits 1995, p. 283, voetnoot 108: “Men zou kunnen stellen dat indien die *causa* wél aanwezig is, ook een *iustum pretium* bestaat.”

28 Baldwin 1959, p. 8: “The term ‘just price’ is almost as old as existing commercial records and probably as old as economic exchange itself.”

29 Baldwin 1959, p. 20: “Hence, the whole *Corpus* of Justinian is sprinkled liberally with references to the *iustum pretium*.” Baldwin noemde diverse toepassingen en vulde aan: “In most of these cases the meaning of the just price is a normal and customary price, which can be determined in commerce of free exchange which is regular and orderly.”

recht veel bepalingen waarin deze speciale groepen worden beschermd tegen onredelijkheid. Huurders worden beschermd door het recht als hen een hogere dan de ‘maximaal redelijke huur’ in rekening is gebracht. Volgens art. 7: 411 BW hebben opdrachtnemers recht op een ‘naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon’, wanneer een opdracht voortijdig wordt beëindigd.³⁰

Het maakt niet uit of men van ‘redelijke’ of ‘rechtvaardige’ of ‘juiste’ prijs spreekt, maar de *aanvullende* functie van de ‘redelijke prijs’ in art. 7:4 BW is te onderscheiden van de *beperkende* werking van ‘redelijkheid en billijkheid’ die ingaat tegen het beginsel van de bindende kracht van overeenkomsten en om die reden aanleiding is voor veel controverse.³¹

Iets van deze controverse is al te bespeuren op het niveau van de definitie van het begrip waarde. Vaak verraadt de manier waarop iemand het waardebegrip invult al iets over hoe hij denkt over recht en politiek. Bijvoorbeeld: de definitie van waarde als iets puur subjectiefs gaat vaak hand in hand met het aannemen van een grote mate van ‘eigen verantwoordelijkheid’ inzake het contracteren. Dit past bij een onbeperkte bindende kracht van overeenkomsten.

2. Thomistisch-Aristotelische ruilrechtvaardigheid: meetbare gelijkwaardigheid

Het begrip *iustum pretium* is verbonden met de naam Thomas van Aquino.³² In Nederlandse literatuur ontbreekt de verwijzing naar Thomas van Aquino vaak, maar verwijst men, vrijwel altijd, naar Kamphuisens artikel *De leer van het iustum pretium herleefd* uit 1933. Daarin schreef Kamphuisen: “Om zich een beeld te vormen van de leer van het *justum pretium*, zoals deze in de middeleeuwen en tot aan de Fransche revolutie werd begrepen, moet men, zoals vaak, te rade gaan bij de Kerkvaders en speciaal bij S. Thomas van Aquino, op wiens beschouwingen de leer zoowel van moraalphilosophen als van juristen teruggaat.”

Zoals gezegd, verbond Thomas van Aquino het begrip *iustum pretium* met Aristoteles’ concept van ruilrechtvaardigheid.³³ Bij Aristoteles was het vaststellen van de rechtvaardigheid van een ruil een kleine meetkundige exercitie. De ruil werd verbeeld als een rechte lijn tussen de partijen en de rechtvaardigheid ervan werd verbeeld door een punt, die de lijn in twee *gelijke* stukken verdeelde. De wijze waarop Aristoteles in zijn ‘Nicomachische Ethiek’ rechtvaardigheid voorstelde met behulp van lijnen en punten is wereldberoemd geworden en dat geldt evenzeer voor de onderverdeling die Aristoteles aanbracht in verschillende *soorten* rechtvaardigheid.

30 Abas 2000, p. 3-5, noemde meer vindplaatsen in het BW. Hij concludeerde dat in het NBW het *iustum pretium* beginsel sterker herleefd is, dan toen Kamphuisen zestig jaar eerder reeds een herleving van het *iustum pretium* beginsel waarnam.

31 Vergelijk art. 6: 248 BW, voor het onderscheid tussen aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

32 Baldwin 1959, p. 71: “The majority of modern studies on the medieval concept of the just price begin their treatment of the problem with Thomas Aquinas.” Baldwin behandelt in zijn artikel veel meer schrijvers van de middeleeuwse doctrine.

33 Baldwin 1959, p. 73: “In a short and concise passage Thomas condensed the whole Aristotelian philosophy of economic exchange and reciprocal justice as interpreted by Albert the Great and himself. This conception of justice was at the very core of the doctrine of the just price.”

Terwijl Aristoteles de aloude wederkerigheid, de ‘oog om oog, tand om tand’-gedachte afkeurde als rechtsregel voor *onvrijwillige* contacten, merkte hij op: “In het ruilverkeer is het niettemin deze vorm van recht die mensen bijeenhoudt, de wederkerigheid: die op basis van evenredigheid wel te verstaan, niet die op basis van volledige gelijkheid.”³⁴ Ruilrechtvaardigheid was bij Aristoteles de eenvoudigste soort rechtvaardigheid. Dit kwam mede doordat in het ruilverkeer de partijen als *gelijken* beschouwd moesten worden, terwijl bij verdelingen en onvrijwillige contacten niet was uit te gaan van de regel dat partijen als gelijken waren te beschouwen.³⁵

Ruilrechtvaardigheid werd door Aristoteles omschreven als de soort van rechtvaardigheid die erin bestaat dat “men zelf ondergaat wat men een ander heeft aangedaan”, of hierin dat partijen “na de transactie niet meer of minder bezitten maar precies zo veel als ze voordien hadden”.³⁶ Kortom: er is ruilrechtvaardigheid als partijen *gelijkwaardige* prestaties ruilen. Thomas van Aquino koppelde het begrip *iustum pretium* aan ruilrechtvaardigheid en aan gelijkwaardigheid van prestaties. Hierbij stelde hij zich de vraag: wanneer is sprake van gelijkwaardigheid en wat is waarde?

3. Wat is gelijkwaardigheid? Drie opvattingen over waarde

De definitie van rechtvaardige ruil als uitwisseling van twee gelijkwaardige prestaties zegt op zichzelf niets over hoe de gelijkwaardigheid van prestaties is vast te stellen. Wie of wat bepaalt de waarde van een goed? Drie opvattingen hierover komen ter sprake. Alle drie spelen zij een rol binnen het *iustum pretium*-concept van Thomas van Aquino.

- a. partijen bij een overeenkomst bepalen de waarde van de goederen die zij ruilen (subjectieve waarde)
- b. de waarde van een goed wordt bepaald door de erin belichaamde arbeid (arbeidswaarde)
- c. de markt bepaalt de waarde van een goed (marktwaarde)³⁷

34 Aristoteles, 1132 b 23 e.v. (boek V hoofdstuk 8) De veronderstelde *vrijwilligheid* in het ruilverkeer was de reden waarom volgens Aristoteles ruilrechtvaardigheid volgens het eenvoudige principe van het ‘oog-om-oog, tand-om-tand’ was vast te stellen. Hoezo dan geen ‘volledige gelijkheid’ van prestaties? Dit is om aan te geven dat gelijkheid is te onderscheiden van gelijkwaardigheid. Bij ruil gaat het er niet om dat men precies dezelfde prestatie terugkrijgt, maar een prestatie met een gelijke waarde.

35 Andere vormen van Aristotelisch recht zijn lastiger, omdat partijen buiten de situatie van een ruil geenszins als gelijken worden beschouwd. Bij verdelende of ‘distributieve’ rechtvaardigheid moet de ongelijkheid (van de verdienstelijkheid) van deelgenoten ertoe leiden dat zij naar ratio van hun verdienstelijkheid *ongelijke* delen krijgen. Ruilrechtvaardigheid is een ondersoort van corrigerende of correctieve rechtvaardigheid, maar de twee verschillen op dit essentiële punt: bij corrigerende rechtvaardigheid wordt *buiten het geval van ruilrechtvaardigheid*, dat wil zeggen buiten het geval van vrijwillige contacten, niet uitgegaan van gelijkheid van mensen: ‘Als bijvoorbeeld een magistraat iemand geslagen heeft moet hij niet op zijn beurt slaag krijgen; maar als iemand een magistraat heeft geslagen, moet hij niet alleen slaag, maar ook straf krijgen.’ Hierbij speelt nóg een factor die de bepaling van wat recht is kan bemoeilijken: “Ook maakt het een groot verschil of men iets opzettelijk of onopzettelijk doet.” (Zie voor beide citaten: Aristoteles, 1132 b 27-b 32).

36 Aristoteles, boek V, hoofdstuk 7 en 8.

37 Het begrip marktwaarde kan worden gelijkgesteld aan ‘objectieve waarde’, maar dit laatste begrip wordt soms in verband gebracht met de opvatting dat goederen een ‘intrinsieke waarde’ zouden hebben. Over die opvatting wil ik het niet hebben en daarom geef ik de voorkeur aan het begrip marktwaarde boven ‘objectieve waarde’.