

W. H. VAN BOOM

Ruilrechtvaardigheid & privaatrecht

Over evenwicht
en het eindsel van
contractvrijheid



Boom juridisch

De afgelopen jaren kwamen tal van contractsverhoudingen onder hoogspanning te staan. Dat kwam onder meer door de coronacrisis en de oorlog in Oekraïne, maar er zijn ook genoeg contractsverhoudingen die al langer uit het lood geslagen zijn door grote verschillen in economische macht tussen partijen. Zo rezen er vragen over misbruik van economische machtspositie en asymmetrische contractsverhoudingen, maar ook over ruilrechtvaardigheid in het algemeen en vragen van eerlijke prijsvorming in plotseling instabiele of langdurig onevenwichtige markten. Veel van deze vragen laten zich eenvoudig koppelen aan oude civielrechtelijke 'bekenden' zoals woeker, iustum pretium, wederzijdse dwaling, pacta sunt servanda en de toetsing van algemene voorwaarden. Hoe verhouden die leerstukken zich tot de rol van ruilrechtvaardigheid in het privaatrecht? De vraag is actueel: als de afgelopen jaren iets hebben laten zien, is het dat ruilrechtvaardigheid in instabiele markten aan alle kanten kan verdampen: de een krijgt overwinsten, de ander kan zijn rekeningen niet meer betalen. En wat doet het privaatrecht? Tijd voor bezinning op ruilrechtvaardigheid en de fundamenteën van de binding aan het contract anno nu. Deze rede geeft handvatten en laat zien dat het idee van contractuele ruilrechtvaardigheid helemaal niet vreemd is aan ons privaatrecht.

Met het uitspreken van deze rede aanvaardde Willem van Boom (1969) op 23 juni 2023 de leerstoel burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

ISBN 978-94-6212-869-9



9 789462 128699 >

Boomjuridisch



Ruilrechtvaardigheid en privaatrecht

RUILRECHTVAARDIGHEID EN PRIVAATRECHT

Over evenwicht en het eindsel van contractvrijheid

Rede

uitgesproken ter gelegenheid van de aanvaarding van het ambt van hoogleraar
Burgerlijk Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen op 23 juni 2023

door

W.H. VAN BOOM

Boom juridisch
Den Haag
2023

Omslagontwerp & opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2023 W.H. van Boom | Boom juridisch

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

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproductieregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-869-9

ISBN 978-94-0011-356-5 (e-book)

NUR 822

www.boomjuridisch.nl

One for the first time
Two for the last time
Three for the thrill and
Four for the last time

(The Kick Inside of Me – Simple Minds)

Geachte rector en college, geachte decaan en faculteitsbestuur, beste collega's en aanwezigen,

1. RUILRECHTVAARDIGHEID SPEELT OP VERSCHILLENDE PLEKKEN EEN ROL

In een ideale wereld is alles in balans, dus ook contracten. Er is geen ontwrichting van de samenleving en geen oorlog, eenieder weet door middel van transacties behoeften en draagkracht met elkaar in evenwicht te brengen, niemand profiteert bovenmatig van de ander, iedereen heeft genoeg informatie om goed geïnformeerde transactiebesluiten te nemen, er is genoeg vraag en aanbod om een soepel economisch verkeer te realiseren, niemand speelt vals en iedereen heeft evenveel essentiële menselijke vermogens en onderhandelingsmacht. In die ideale wereld hebben de wetgever en de rechter het gemakkelijk. De wet hoeft slechts te bepalen dat een eenmaal gesloten contract bindend is voor beide partijen.

Een faciliterende wet dus. En de rechter hoeft deze wet slechts toe te passen op de feiten en gesloten contracten te handhaven. De rechter hoeft zich niet druk te maken over de vraag of er wel een rechtvaardige balans is tussen de prijs en de waarde van de prestatie. Of er een contractueel evenwicht is. Of er *ruilrechtvaardigheid* is. Die is er nu eenmaal vanzelf in de ideale wereld. Er is dus geen reden om ons af te vragen wat de voorwaarden zijn waaronder transacties voldoen aan de norm van ruilrechtvaardigheid. Niemand zal zich die vraag stellen in de ideale wereld. In de echte wereld gaat het er anders aan toe. Ik geef u vier voorbeelden en dan kunt u zichzelf de vraag stellen: is dat ruilrechtvaardig?

Het eerste voorbeeld. Stel dat een kleine ondernemer werkzaam is in een land waar er maar vier grote banken zijn. Deze ondernemer heeft bij een van die banken een doorlopend krediet waar hij een variabele rente voor betaalt, bij wijze van prijs. Uit onderzoek blijkt op enig moment dat deze bank jarenlang de variabele rente voor consumenten en kleine ondernemers minder, en minder snel heeft laten dalen dan gezien de ontwikkeling van de geldmarktrente te verwachten zou zijn. Is dat ruilrechtvaardig of eigent deze bank zich een onverdiend voordeel toe in het nadeel van de ondernemer?

Het tweede voorbeeld. Stel dat diezelfde ondernemer een financieel product aankoopt via een vriendelijke tussenpersoon. De ondernemer heeft bij aankoop wel inzicht in de totaalprijs van het product maar niet in de samenstellende delen van die prijs. Bij toeval komt de ondernemer er enige tijd later achter dat het bedrag dat hij betaalde voor 80 procent is teruggevloeid naar de tussenpersoon, bij wijze van provisie. De prijs van het product was dus eigenlijk 20 procent. Was de prestatie van de tussenpersoon die 80 procent werkelijk waard?

Het derde voorbeeld. Stel dat technisch identieke scheermesjes in twee kleuren op de markt worden gezet: blauw en roze. En stel verder dat marketingdeskundigen hebben ontdekt dat een eenvoudig te identificeren deel van de bevolking een hoger nut toekent aan hygiëneproducten dan anderen en dat dit deel cultureel geassocieerd wordt met de kleur roze. Hoger subjectief nut betekent dat prijsonderscheid kan worden gemaakt en dat de bereidheid om te betalen voor roze mesjes gemid-

deld hoger is dan voor blauwe. De verkopersstrategie is dan vervolgens om deze roze mesjes aan te bieden in de schappen met hygiëneproducten voor dat deel van de bevolking, en ze vervolgens te verkopen tegen een hogere prijs dan de blauwe. Is dat erg?

Het vierde voorbeeld. Stel dat er aan de buitengrenzen van Europa een gruwelijke oorlog woedt die opeens de markt voor energie ernstig ontwricht en instabiel maakt: de prijzen voor spotcontracten schieten alle kanten op maar gaan vooral scherp omhoog. Het directe gevolg daarvan is dat contractprijzen voor afnemers die voor langere tijd zijn vastgezet, een molensteen worden om de nek van energieleveranciers. Het evenwicht is weg. Moeten zij onder hun contract uit kunnen komen? Het indirecte gevolg is dat de gangbare nationale inflatie-index die in veel contracten zoals huurcontracten wordt gebruikt om de prijs jaarlijks te laten meegroeien met de algemene inflatie, tot een huurprijsstijging leidt die niet in verhouding staat tot kostenstijging voor de verhuurder en ook niet tot de loon- of omzetontwikkeling van de huurder. Moet die indexatieclausule onverkort worden toegepast of is er reden om deze opzij te zetten?

De vier voorbeelden zijn gemodelleerd naar een aantal ontwikkelingen die zich recentelijk voordeden.

Het eerste voorbeeld is ontleend aan uitspraken van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD), die als uitgangspunt nemen dat de klant van een bank behoudens andersluidende, op voorhand verstrekte informatie mag verwachten dat de rente op doorlopend krediet meebeweegt met de marktrente op vergelijkbare kredieten (referentierente) en dat te veel betaalde rente onverschuldigd is betaald.¹ Spiegelbeeldig aan het voorbeeld is het achterblijven van stijging van de spaarrente vanaf het moment dat de ECB in 2022 vanwege de hoge inflatie de beleidsrente opschroefde. Dit achterblijven wordt deels toegeschreven aan marktconcentratie.²

-
- 1 Bijv. Commissie van Beroep KiFiD 21 januari 2019, nr. 2019/004, 2019/005, 5 februari 2020, nr. 2019/005b, 3 maart 2021, nr. 2021/0015, 6 april 2021, nr. 2021/0020, 2021/0021 en 9 maart 2022, nr. 2022/0036. Zie ook Geschillencommissie KiFiD 15 juli 2020, nr. 2020/570, 25 januari 2022, nr. 2022/0047. Zie nader J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 252 e.v. Het is overigens niet eenvoudig om economisch bewijs te vinden van de verdenking dat banken al dan niet de referentierente volgen. Zie het rapport 'Onderzoek referentierente doorlopend consumptief krediet' d.d. 13 januari 2020 (T.P. Kocken e.a.) t.b.v. Commissie van Beroep KiFiD.
 - 2 M. van der Heijden e.a., 'Stijgende beleidsrente werkt meer door in hypotheek- dan spaarrente', *ESB* 2023, p. 264-266. Vgl. over dit vraagstuk en de doorwerking ervan in overeenkomsten van geldlening aan consumenten en mkb'ers V. Sagaert, 'The Interest Rate Restrictions in the Financial Crisis. Can we Draw Lessons from Private Law?', in: L. Cornelis (red.), *Finance and law: twins in trouble*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2015, p. 159 e.v., m.n. p. 175 e.v. Zorgen over marktconcentratie en rentemarges bestaan al langer. Zie bijv. *Kamerstukken II* 2012/13, 24036, nr. 397. Vgl. ook 'Hoge rente is niet uit te leggen', *NRC* 18 september 2014. Daar staat tegenover dat aan particuliere cliënten vrijwel nooit negatieve rente is berekend op spaarsaldi tot € 100.000 in de periode 2020-2022, met als gevolg dat de marges in die periode weer slonken (zie *Jaarverslag DNB* 2020; *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, nr. 2941).

Het tweede voorbeeld ontleen ik aan de Engelse zaak *Plevin v Paragon Personal Finance Limited* [2014] UKSC 61, waarin werd geoordeeld dat een verborgen retourprovisie van ruim 70 procent voor een verzekeringstussenpersoon bij het afsluiten van een *payment protection insurance* (terugbetalingsverzekering of ‘maandlasten-bescherming’) bij een consumentenkredietovereenkomst tot een *unfair relationship* tussen klant en kredietgever leidde in de zin van s. 140A Consumer Credit Act 1974. Ook in ons land hebben verborgen provisies van tussenpersonen in het verleden voor veel ophef gezorgd. Inmiddels is in het financieeltoezichtrecht paal en perk gesteld aan dergelijke praktijken, soms met een volledig verbod.³

Het derde voorbeeld gaat terug op de ophef die met enige regelmaat ontstaat over het vermeende verschijnsel van *pink tax*, waarbij vrouwen meer betalen voor vergelijkbare producten dan mannen omdat producenten markten weten te segmenteren en vervolgens verschillende prijzen in rekening weten te brengen. Van het verschijnsel wordt gezegd dat het zich niet alleen bij hygiëneproducten voordoet, maar bijvoorbeeld ook bij kleding en kappersdiensten. Het bewijs voor het bestaan van een patroon van *pink taxes* is overigens niet onomstreden, bijvoorbeeld omdat bewijs niet altijd eenvoudig is te leveren vanwege detailverschillen.⁴ Producenten en winkeliers ontkennen het bestaan van zoiets als een *pink tax*.⁵

Het vierde voorbeeld is gebaseerd op de energiecrisis als gevolg van de Russische aanvalsoorlog in Oekraïne. Consumenten en kleinverbruikers met meerjarige contracten die in die periode afliepen, werden geconfronteerd met enorme prijsstijgingen door oorlog en economische oorlogsvoering. Sommige prijsvechters die te scherp aan de wind zeilden, gingen door de prijsstijgingen op de inkoopmarkt failliet; andere probeerden zelfs meerjarige contracten van afnemers die een vaste prijs hadden, open te breken om het hoofd boven water te houden.⁶ Overheidsingrijpen introduceerde vervolgens een generiek prijsplafond ter bescherming van consumenten maar verbeterde ook de contractzekerheid voor leveranciers door het wettelijk stel-

3 Zie over transparantieverplichtingen rondom provisie en het provisieverbod (bijv. art. 4:25a Wet financieel toezicht en art. 86c Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft) bijv. L. Silverentand en F. van der Eerden (red.), *Hoofddlijnen Wft*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 341 e.v.

4 Voor een overzicht S. Moshary e.a., ‘Investigating the Pink Tax: Evidence Against a Systematic Price Premium for Women in CPG (ftc.gov)’, *SSRN Paper* 3882214 (2021).

5 ‘Pink taks: waarom een scheermes voor vrouwen duurder is dan voor mannen’, *nos.nl* 11 april 2023.

6 Zie bijv. ‘ACM: hoge energieprijs is geen geldige reden om levering te beëindigen’, *acm.nl* 9 oktober 2021; ‘ACM treedt op tegen energiebedrijven die vaste energiecontracten opzeggen’, *acm.nl* 26 oktober 2021; ‘Hoge gasprijs nekt Welkom Energie’, *NRC* 28 oktober 2021; ‘Energiebedrijven dreigen in acute geldnood te komen’, *FD* 18 maart 2022; ‘De vijf hoofdpijndossiers van energiebedrijven’, *FD* 7 april 2022. Vgl. Rb. Amsterdam 24 februari 2023, *ECLI:NL:RBAMS:2023:940*. Dezelfde neiging om onder de onverwachte druk van het contract uit te komen zagen we bij luchtvaartmaatschappijen die in het voorjaar van 2020 de wettelijke terugbetalingsrechten van consumenten niet wilden eerbiedigen en voor vouchers kozen. Zie W.H. van Boom, ‘Corona-privaatrecht 2020-2021’, *RMTThemis* 2021, p. 130-131. Onder druk wordt alles vloeibaar, ook de neiging om wetten na te leven.

sel van opzegvergoedingen in hun voordeel aan te scherpen.⁷ Ook vraagt het vierde voorbeeld aandacht voor de onverwachte werking van standaardinflatie-indices in contracten.⁸ Omdat de CBS-inflatie-index in veel huurovereenkomsten de maatstaf is voor de jaarlijkse huurverhoging, schoten in 2022 de huren van bedrijfsruimte en woningen opeens omhoog zonder dat de kosten voor de verhuurder lineair meestegen. Huurders krabden zich achter de oren: is de CBS-index wel de juiste maatstaf om de huurverhoging mee te bepalen?⁹ De wetgever introduceerde voor huurwoningen een maatregel die huurprijsverhoging voortaan zou koppelen aan loonontwikkeling in plaats van aan de inflatie-index.¹⁰ Voor bedrijfsruimte gingen de hakken in het zand en bleven verhuurders vasthouden aan de letter van het huurcontract.¹¹ Het CBS stapte in 2023 in elk geval over op een andere berekeningswijze voor inflatie, de ‘nieuwe’ consumentenprijsindex (CPI).¹²

2. INTUÏTIEF OORDELEN OVER RUILRECHTVAARDIGHEID

De privaatrechtjuristen onder ons hebben ongetwijfeld naar aanleiding van deze voorbeelden hun mentale schema’s al geactiveerd. Deze voorbeelden gaan in hun belevingswereld over contractvrijheid, dwaling, misbruik van omstandigheden, goede zeden, misschien over oneerlijke handelspraktijken, maatschappelijke betamelijkheid en redelijkheid en billijkheid, over onvoorziene omstandigheden. Heel misschien over leerstukken waarvan wordt gezegd dat ons contractenrecht die als zodanig niet erkent, zoals *woeker*, *iustum pretium* en *laesio enormis*.¹³

-
- 7 Bijv. *Kamerstukken II 2022/23*, 36200, nr. 162; Beleidsregel Redelijke opzegvergoedingen vergunninghouders 2023, *Stcrt.* 2023, 1492.
 - 8 Diepgaand over dergelijke indices en hun beperkingen K.S. Rosenn, *Law and Inflation*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1982, p. 72 e.v.
 - 9 Bijv. Rb. Amsterdam 21 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2420.
 - 10 Bijv. art. 10 lid 3 Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte (Wet maximering huurprijsverhogingen geliberaliseerde huurovereenkomsten, *Stb.* 2021, 194), zoals dat luidt na inwerkingtreding van de Wet wijziging maximering huurprijsverhoging geliberaliseerde huurovereenkomsten (*Stb.* 2022, 527, i.w.tr. 1 januari 2023).
 - 11 ‘Winkeliers raken in paniek door huurverhoging’, *FD* 9 maart 2023; ‘Minister onderzoekt of ze kan ingrijpen bij hoge stijgingen van winkelhuren’, *FD* 5 juli 2023.
 - 12 “‘Niet evident fout’, maar toch: CBS gaat inflatie anders berekenen’, *FD* 29 juni 2023; ‘Inflatie in juni lager, maar met methodebreuk’, *FD* 30 juni 2023.
 - 13 I. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden* (diss. OU), Amsterdam: Brave New Books 2013, brengt deze leerstukken en hun ontwikkeling mooi in beeld. Vgl. J. Hallebeek, ‘De *iustum pretium*-leer en het evenredigheidsbeginsel’, *Ars Aequi* 2013, p. 59 e.v.; P.A. Stein, *Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Den Haag: Excelsior 1957, p. 7 e.v.; M.H.S. Lebens-de Mug, *Het wilsgebreuk misbruik van omstandigheden* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 111 e.v. Ik merk overigens op dat het begrip *iustum pretium* in vele bewoordingen en varianten voorkomt; zo wordt wel gesproken over het contractueel evenwicht, synallagma, reciprociteit, het commutatief contract, en zo verder.

Over die juristen en hun schema's kom ik zo direct te spreken. Eerst wil ik graag de menselijke intuïties en overtuigingen in de zaal adresseren. Stel uzelf de volgende vragen. Pakt een bank die sneller is met kredietrente verhogen dan met verlagen, een onverdiend voordeel? Staat wat de tussenpersoon achter de schermen verdient, wel in verhouding tot de geleverde meerwaarde? Is het eerlijk dat de een meer betaalt dan de ander voor iets wat praktisch hetzelfde is? Is het rechtvaardig dat een prijsafsprake blijft staan als een systeemontwrichtende oorlog alle verhoudingen op z'n kop zet?

Onderzoek laat zien dat steeds als we ons intuïtieve denksysteem loslaten op dit type economisch-ethische vragen van ruilrechtvaardigheid, we ons gevoel voor rechtvaardigheid laten spreken, in alle onbeholpenheid. Dat onderzoek laat ook zien dat individueel redeneren over ruilrechtvaardigheidsvragen weinig consistent is.¹⁴

Zo blijkt dat mensen bij het mentaal voorbereiden van een transactiebesluit niet alleen bewust of onbewust kosten van de wederpartij inschatten, vergelijken met eerdere prijzen en prijzen elders, maar daarbij ook hun 'attitudes and beliefs' (opvattingen en overtuigingen) betrekken over hoe zij als marktdeelnemer wensen te worden behandeld.¹⁵ Ze kunnen selectief verontwaardigd zijn en de knop zelfs onbewust omzetten als dat beter uitkomt. Zo wordt de aankoop van een design product dat tegen lage loonkosten is gemaakt en wordt verkocht voor een hoge prijs die niet in verhouding staat tot die kosten, gerechtvaardigd met allerlei mentaal zelfbedrog. Dan is opeens de subjectieve nutsfunctie overheersend, terwijl dezelfde persoon in een andere context opeens de arbeidskosten bij productie overwegend belangrijk vindt.

Onze morele intuïtie over rechtvaardige markten kan een loopje met ons nemen. We zijn nog wel eens geneigd om een absurd hoge prijs die we moeten betalen, toe te schrijven aan vals spel van marktdeelnemers. En een absurd lage prijs in ons voordeel toe te schrijven aan een goed werkende markt. Iedereen klaagt over *krimpflatie* en *graaiflatie*, maar minder talrijk zijn de klagers over de absurd lage prijzen van goederen die soms de halve planeet over reizen voordat ze bij een weinig duurzame

14 Of misschien neutraler geformuleerd: het is *casusspecifiek redeneren*, zo heb ik zelf ervaren in bijv. E.J. Rotshuizen e.a., 'Factoren die een rol spelen bij het denken over rechtvaardige verdeling van vermogen en inkomen', *Mens & Maatschappij* 2021, p. 91 e.v. Vgl. ook T. Reeskens en W. van Oorschot, 'Equity, equality, or need? A study of popular preferences for welfare redistribution principles across 24 European countries', *Journal of European Public Policy* 2013, p. 1174 e.v.; S. Hülle e.a., 'Measuring Attitudes Toward Distributive Justice: The Basic Social Justice Orientations Scale', *Social Indicators Research* 2018, p. 663 e.v.

15 Van het onderzoek naar opvattingen over rechtvaardige markten en prijzen noem ik bij wijze van voorbeeld D. Kahneman e.a., 'Fairness as a constraint on profit seeking: Entitlements in the market', *American Economic Review* 1986, p. 728 e.v.; L.E. Bolton e.a., 'Consumer Perceptions of Price (Un)Fairness', *Journal of Consumer Research* 2003, p. 474 e.v.; L.E. Bolton en J.W. Alba, 'Price Fairness: Good and Service Differences and the Role of Vendor Costs', *Journal of Consumer Research* 2006, p. 258 e.v.; N. Chubaka Mushagalusa e.a., 'Measuring price fairness and its impact on consumers' trust and switching intentions in microfinance institutions', *Journal of Financial Services Marketing* 2022, p. 111 e.v. Vgl. het overzicht bij J.-P.I. van der Rest, *Het belang van prijs. Bedrijfswetenschappelijke ontwikkelingen en implicaties voor het recht* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2017, p. 6 e.v.

eindgebruiker terecht komen. We klagen over de huizenprijzen maar niet over het bijna gratis geld waarmee ze de afgelopen jaren werden gekocht.

Als gevolg van de coronacrisis en de oorlog in Oekraïne ontstond een sinds tijden niet gekende stijging van inflatie.¹⁶ Levensmiddelen werden door veel producenten vervolgens in kleinere verpakkingen verkocht zodat de prijs per eenheid niet te zeer steeg; het gevolg was natuurlijk dat men minder voor hetzelfde geld kreeg (*krimpflatie*).¹⁷ Bepaalde verkopers, met name supermarkten, werden er bovendien van verdacht dat zij de inflatie als dekmantel gebruikten om stiekem grote prijsstijgingen door te voeren en zo hun winstmarges te vergroten (*graaiinflatie*).¹⁸ Het bewijs voor die verdenkingen was overigens niet ondubbelzinnig,¹⁹ maar de groeiende aandacht voor de toename van armoede en ongelijkheid maakte het wel tot een maatschappelijk explosief onderwerp.²⁰

De negatieve gevoelens over een vermeend onevenwicht in ruilrechtvaardigheid worden vooral geactiveerd in situaties waarin we zelf aan het kortste eind trekken,²¹ of waarin sympathie bestaat met de economische ‘underdog’, waarin we afkeer hebben van mensen die we als profiteurs zien of waarin we een zekere vooringenomenheid tegen grote bedrijven hebben. Heel consistent is dit denkproces niet altijd.

16 Zie bijv. het overzicht in OECD *Main Economic Indicators* 2023/7, p. 32 e.v.

17 Dat producenten krimpflatie verkiezen boven prijsstijging bij gelijke verpakkingsinhoud, heeft te maken met consumentenpsychologie: consumenten schakelen bij de eerste variant minder snel over op ander aankoopgedrag dan bij de tweede. Zie OECD, *Competition and Inflation* (OECD Competition Policy Roundtable Background Note), Parijs: OECD 2022, p. 20.

18 Daarover bijv. ‘Extra winst pakken bij hoge inflatie’, *NRC* 6 mei 2023; ‘Britain once rioted over the price of bread. What would it take for us to confront greedflation today?’, *guardian.com* 28 april 2023. Er waren ook stemmen die suggereerden dat de overheid prijsplafonds voor levensmiddelen moest afdwingen (zie bijv. ‘Kan een wet uit 1961 helpen tegen de stijgende inflatie?’, *NRC* 22 augustus 2022). Overigens werden grote energieleveranciers ook al eerder beticht van woekerpraktijken; onderzoek van de ACM liet echter zien dat de winstmarges alleszins redelijk waren (rapport ‘Geen onredelijke prijzen grootste drie energieleveranciers’, ACM/23/181956).

19 ‘Is in Nederland sprake van “graaiinflatie”’, *rabobank.nl* mei 2023; ‘Geen hard bewijs voor graaiinflatie’, *NRC* 27 mei 2023; ‘Een hoge marge maakt nog geen “graaiinflatie”’, *FD* 22 februari 2023; ‘Graaiinflatie is een ballenbak voor statistici’, *FD* 26 mei 2023. Vgl. over het verband tussen niet optimale concurrentie en inflatie OECD, *Competition and Inflation* (OECD Competition Policy Roundtable Background Note), Parijs: OECD 2022, p. 7 e.v. en p. 19-20; alsmede K. Byttember, *Ethiek van de sociaal-economische ordening*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 190 e.v.

20 Zie bijv. ‘De ophef over graaiinflatie is niet zonder reden’, *de Volkskrant* 16 mei 2023. Wat in dit verband overigens geen positieve bijdrage levert aan de reputatie van supermarkten, is dat er binnen Europa nogal veel verschil bestaat in verkoopprijzen zonder dat daar een goede rechtvaardiging voor lijkt te bestaan; daarover bijv. T. Messner e.a., *Cross-country price and inflation dispersion: Retail network or national border?* (Single Market Economics Papers), Frankfurt: European Central Bank 2022.

21 Vgl. bijv. W.H. van Boom e.a., ‘Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase’, *Social Justice Research* 2020, p. 331 e.v.; I.P. Riquelme e.a., ‘Does it matter who gets a better price? Antecedents and consequences of online price unfairness for advantaged and disadvantaged consumers’, *Tourism Management Perspectives* 2021/100902.

We hebben al snel antipathie als het gaat om de ‘woekerprijzen’ die opkopers van concerttickets rekenen, maar spreken we ook schande als het gaat om het met winst doorverkopen van een kratje Westvleteren trappistenbier (waarvan de brouwers vooral willen dat het voor elke beurs betaalbaar is en niet willen dat het wordt doorverkocht)?²²

En misschien heeft u bij de vier voorbeelden die ik noemde soms ook wel gedacht in termen van sympathie voor de een of ander. Intuïtie is goed maar voor de wetenschap is het nog niet genoeg. En het is ook niet genoeg om een rechtssysteem op te bouwen. Daarom is het goed om wat verder te graven en om – om het jeukwoord maar te gebruiken – een *holistische blik* te ontwikkelen op de materie.

3. DRIE MODELLEN

Volgens mij kunnen ten minste drie denkmodellen ons helpen om ons denkproces te fatsoeneren en de kans op consistente uitkomsten te vergroten. Ze komen voort uit de politiek-economische denkwereld en ze houden zich in essentie bezig met de vraag op welke wijze we de taart zo groot mogelijk kunnen maken en hoe die taart moet worden verdeeld. Die denkmodellen zijn de afgelopen decennia door juristen doordacht op hun gevolgen voor het contractenrecht, en geven structuur aan de manier waarop wet en rechtspraak moeten omgaan met de echte wereld van contracten. Steeds gaat het daarbij om de bepaling van *waarde* van de prestatie in verhouding tot de betaalde prijs, hoe moeilijk dat ook is.²³ Het idee is dat die verhouding uitdrukking geeft aan de mate van ruilrechtvaardigheid van de transactie. Dat is relevant voor juristen want wetgever en rechtspraak worden geregeld geconfronteerd met verzoeken die direct of indirect gaan om een oordeel over deze ruilrechtvaardigheid. En dan helpt het als we als juristen een denkkader hebben. Om bijvoorbeeld te beoordelen of het erg is dat bij de doorverkoop van concerttickets een ticket van 100 euro makkelijk voor 500 euro wordt doorverkocht. Of het erg is dat een bedrijf in liquiditeitsproblemen een rente van 80 procent per jaar betaalt

22 Zie over concerttickets en het voorstel om daar een ‘woekerplafond’ voor te introduceren (wetsvoorstel 31461, verworpen in de Eerste Kamer, gevolgd door recentere pogingen) bijv. C.A.N.M.Y. Cauffman, ‘Brenge 2023 Nederland een wettelijke regeling van de doorverkoop van tickets voor evenementen?’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken* 2023, p. 5 e.v. Intussen wordt ‘woeker’ (lees: meer dan 20 procent bovenop de uitgifteprijs) privaatrechtelijk tegengegaan in de handelsplatformvoorwaarden van bijv. Ticketswap. Over de ‘woekerprijzen’ die worden gevraagd bij doorverkoop van Westvleteren trappistenbier bijv. ‘De zwarte markt vraagt woekerprijzen voor hun schaarse trappistenbier, tot groot verdriet van de monniken’, *de Volkskrant* 19 juni 2023.

23 Over het begrip ‘waarde’ zijn boekenkasten volgeschreven door economen. Zie de discussie bij M. Mazzucato, *The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy*, Londen: Penguin 2019, p. 6 e.v. Interessant is de juridische invalshoek bij G. Chantepie, *La Lésion*, Parijs: LGDJ 2006, p. 329 e.v., alwaar een multifactorbenadering wordt voorgesteld.

voor een geldlening.²⁴ Of het erg is dat een procesfinancier een *no cure no pay fee* van 30 procent bedingt. Of het erg is dat op sommige medicijnen winstmarges van meer dan 70 procent bestaan.²⁵ Of het erg is dat de prijzen van mondkapjes in 2020 door het dak gingen.²⁶ Of het erg is dat een horecahuurder wel huur betaalt tijdens een lockdown maar geen economisch nut heeft van het huurpand.

Drie modellen dus. Het eerste en bekendste model dat ik hier noem, is het gangbare neoklassieke model.²⁷ Hoewel er verschillende ideeën zijn over wat dat model precies inhoudt, lijkt de gedeelde opvatting wel te zijn dat het model subjectieve waardetoekenning en schaarste centraal stelt en dat het aanvaardt dat het marktmechanisme van vraag en aanbod bepalend is. Het beschouwt als hét fundament van de markt: de individuele economische vrijheid om in lijn met eigen preferenties transactiebesluiten te nemen, dus de vrijheid om al dan niet te contracteren en om de inhoud van de transactie vorm te geven, alles in lijn met het eigen subjectieve nut. Een ruilrechtvaardige prijs is dan in essentie ‘wat de gek ervoor geeft’. Ook als dat meer is voor roze dan voor blauw.

Maar tegelijk is het verkeerd om te denken dat dit model een ‘laissez faire’ model is waarbij de wetgever en rechter achterover kunnen leunen. Het model stelt namelijk een flink aantal randvoorwaarden waar vrijwel nooit aan is voldaan. Het model spiegelt ons daarmee een denkbeeldige ideale wereld voor van een perfect werkende markt. Het stelt contractvrijheid daarom niet voor als *begin*sel maar als *eind*sel, een paradijselijk ideaalbeeld. En voor elke voorwaarde waar niet aan is voldaan, is er ruimte voor wet en rechter om in te grijpen.

Dit model stelt dat zolang de deelnemers aan de markt maar redelijk rationeel handelen in lijn met hun preferenties en de markt zélf vrij is van oorzaken van marktfalen, de contracten op die markt in evenwicht zijn. Het ideaalbeeld is dat van een markt met (1) veel aanbieders en vragers van (2) homogene schaarse producten, die (3) elk individueel van elkaar opereren, waarbij (4) geen obstakels voor toegang of verlaten van de markt bestaan, (5) partijen niet alleen volledige informatie hebben

24 Voorbeelden van hoe lagere rechters omgaan met hoge rentes, zie bijv. Rb. Arnhem 5 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AW7225 (een woekerrente van 1000 procent per jaar is in strijd met de openbare orde en de goede zeden); Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0354 (het bedingen van een jaarrente van ruim meer dan 1000 procent is moreel onaanvaardbaar). Vgl. ook GEA 9 april 1956, NJ 1959/20 (83,3 procent) en Rb. Amsterdam 5 september 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007BB5432 (115 procent).

25 Vgl. bijv. ‘Stichting dagvaardt AbbVie om “excessieve” winst met reumamedicijn Humira’, NRC 22 februari 2023. Vgl. Besluit ACM 1 juli 2021, ACM/UIT/558646 in zaak ACM/20/041239 (CDCA-Laediant) en Besluit op bezwaar 22 juni 2023, ACM ACM/UIT/559405 in zaak ACM/21/053339 (CDCA-Laediant). Ronduit kritisch over de farmaceutische industrie in dit opzicht is bijv. M. Mazzucato, *The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy*, Londen: Penguin 2019, p. 207 e.v.

26 ‘Handel in mondkapjes is wildwest’, *de Volkskrant* 23 maart 2020.

27 De samenstellende delen van dit model zijn m.n. rationelekeuzetheorie, utilisme of pareto-optimale welvaartverhoging, een faciliterende rol voor de overheid. Zie over deze elementen bijv. M.W. Hesselink, *Justifying Contract in Europe. Political Philosophies of European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 196 e.v.; J. Graafland, *Ethics and Economics. An Introduction to Free Markets, Equality and Happiness*, Londen/New York: Routledge 2022, p. 15 e.v.

over bijvoorbeeld de kenmerken van het verhandelde goed, maar (6) ook in staat zijn om op gelijke voet volledige overeenkomsten ('complete contracts') op te stellen die (7) rekening houden met alle mogelijke eventualiteiten bij de uitvoering en die (8) geen negatieve gevolgen hebben voor derden (externaliteiten).²⁸

In dit model zijn marktdeelnemers idealiter *prijznemers* (*price takers*) omdat ze niet in staat zijn de prijs, de kwaliteit van de prestatie of contractvoorwaarden te dicteren aan de ander. Is er een prijszetter (*price maker*) op de markt, die marktmacht heeft en wel de prijs en contractvoorwaarden kan dicteren, dan zijn contracten niet zomaar vanzelf in evenwicht. Dat doet zich volgens het mededingingsrecht vooral voor bij monopolie en economische machtspositie, en als we het handelspraktijkenrecht mogen geloven, speelt het ook bij relatieve en relationele marktmacht (dit zijn begrippen die ik uitwerk in mijn preadvies voor de *Vereniging voor Burgerlijk Recht* 2021, waar ik korthedshalve naar verwijs).²⁹

De opkomst van het *marktpraktijkenrecht* naast het mededingingsrecht laat zich m.i. verklaren door het gat dat het mededingingsrecht heeft laten ontstaan met de terughoudende toepassing van het leerstuk misbruik van economische machtspositie door mededingingsautoriteiten.³⁰ Waar die machtspositie niet kan worden aangetoond,³¹ maar er wel een onmiskenbaar relatief of relationeel overwicht bestaat op een groep van wederpartijen dat uitgebuit kan worden, kan het recht aanvullende regels stellen – variëren van verbod tot nietigheden en schadeplichtigheid. In België, Frankrijk en Duitsland gebeurt dit al, met behulp van specifieke privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk te handhaven regels van marktpraktijkenrecht.³² Ook overigens kennen

-
- 28 Zie (de verwijzingen bij) W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze markt-samenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 121 e.v. Vgl. bijv. ook J. Graafland, *Ethics and Economics. An Introduction to Free Markets, Equality and Happiness*, Londen/New York: Routledge 2022, p. 38 e.v.
 - 29 W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 127 e.v.
 - 30 Over dat gat, dat door de 'more economic approach' van de EU is ontstaan in het mededingingsrecht vanaf ongeveer het jaar 2000, zie bijv. (de verwijzingen bij) W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, nt. 15 op p. 122, p. 127 e.v.; E. Garces en G. Colangelo, 'Markets, Competition, and Fairness in the EU', *SSRN Paper* 4349587 (2023), p. 4 e.v.
 - 31 Over de drempels bij toepassing van het leerstuk misbruik van marktmacht bijv. J.W. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, 2^e druk, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 129 e.v. Bovendien moet niet alleen sprake zijn van een economische machtspositie en bewezen misbruik daarvan, maar de ACM weegt vervolgens bij de vraag of tot handhaving moet worden overgegaan, ook de inzet van mensen en middelen tegenover onder meer de schadelijke omvang van het misbruik voor consumentenwelvaart. Er kan dus weliswaar sprake zijn van misbruik en toch geen bestuursrechtelijke handhaving volgen. Zie de beleidsregels 'Prioritering van handhavingsonderzoeken', *Stcrt.* 2016, 14564.
 - 32 Zie nader W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrecht-*

deze landen een duidelijker raamwerk om contractueel evenwicht te beoordelen. Om een voorbeeld te geven: het Franse recht kent een subtiel stelsel van enerzijds contractvrijheid (art. 1102 Code Civil), ondernemersvrijheid om prijzen te stellen ‘par le jeu de la concurrence’ (art. L-410-2 Code Commerce), verwerping van de rechterlijke toetsing van ruilrechtvaardigheid (art. 1171 Code Civil), en anderzijds tal van correctiemechanismen (bijv. toetsing van voorwaarden die strijdig zijn met de kernverplichting van partijen en nietigheid van aanzienlijke onevenredigheid van prestaties in adhesiecontracten; art. 1170 en 1171 Code Civil) en overheidsbevoegdheden tot ingrijpen in en bijsturen van prijsvorming (bijv. art. L-410-2 Code Commerce).³³

Over de toepassing van dit eerste model op de voorbeelden die ik eerder noemde kan het volgende worden gezegd. Wat betreft het eerste voorbeeld, dat van de variabele rente die de bank niet heel snel naar beneden laat meebewegen: dit zou niet moeten kunnen gebeuren op een goed werkende markt. Mogelijk is hier de aanname van voldoende aanbieders geschonden. Een marktconcentratie waarbij feitelijke overstapdrempels aanzienlijk zijn voor kleinere ondernemers en consumenten – denk aan kosten en moeite van overstappen maar ook de kosten van informatievergaring over het aanbod op de markt – kan tot een situationele marktmacht leiden, zelfs als geen sprake is van een economische machtspositie in de mededingingsrechtelijke zin. Het kan tot een positie leiden die bij lopende contracten van de bank een *price maker* maakt waardoor ruilrechtvaardigheid in gevaar kan worden gebracht. Als dat werkelijk zo is, moet dat misschien leiden tot privaatrechtelijk herstel door een hypothetische variabele rente te schatten die door een hypothetische bank onder ideale competitie in rekening zou zijn gebracht.³⁴

Wat betreft het tweede voorbeeld, dat van de tussenpersoon die 80 procent van het betaalde bedrag blijkt te krijgen: dit is een klassiek probleem van informatie-tekort waar het model prima mee uit de voeten kan. Het ontbreken van informatie die relevant is voor transactiebesluiten in het licht van individuele preferenties levert marktfalen op en moet worden bestreden; dit kan een reden zijn om contractspartijen wettelijk te verplichten om verborgen commissies te openbaren of om een andere remedie toe te passen. Misschien moet in het geval van de tussenpersoon een regel van contractenrecht partijen bij een transactie verplichten – als het financieeltoezichtrecht het niet al doet – om transparant te zijn over commissies en

telijke bescherming herijkt (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 132 e.v.

- 33 Hierover bijv. L.K. Dorn, *Die Kontrolle vertraglicher Ungleichgewichte zwischen Unternehmen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des reformierten französischen und des deutschen Vertragsrecht* (Hab. Hamburg), Tübingen: Mohr Siebeck 2021, p. 142 e.v. Het Franse recht kent zelfs een omschrijving van het ruilrechtvaardige contract, het *contrat commutatif*: volgens art. 1108 Code Civil is een contract commutatief als elke partij zich verbindt om de ander een voordeel te verschaffen dat als gelijkwaardig kan worden beschouwd aan het ontvangen voordeel.
- 34 Zie over de wijze van berekening van een dergelijke hypothetische prijs bij misbruik van economische machtspositie P. Akman en L. Garrod, ‘When are excessive prices unfair?’, *Journal of Competition Law & Economics* 2011, p. 403 e.v.

andere verborgen verkoopprikkiels die niet convergeren met klantbelang. *Sunlight is the best disinfectant* zagezegd,³⁵ en laat de markt vervolgens maar neerwaartse druk uitoefenen op die bedragen doordat tussenpersonen gaan concurreren op tarieven en klanten vervolgens met de voeten stemmen.

Een ander voorbeeld dat recent in het nieuws was, betrof de verplichting van Italiaanse tankstations om voortaan niet alleen de eigen brandstofprijzen te tonen bij de pomp, maar ook de gemiddelde prijzen.³⁶ Dat is een klassieke, op het informatieparadigma gebaseerde ingreep, waarbij de aanname klaarblijkelijk is dat op een of andere manier degenen die een hogere dan gemiddelde prijs in rekening brengen, hun prijzen neerwaarts in de richting van het gemiddelde zullen bijstellen.

Wat betreft het derde voorbeeld van de blauwe en roze mesjes: het model zal hiervan menen dat dit op zichzelf niet problematisch is: waarde is gelegen in de nutsfunctie voor partijen. Dus als de vragende partij goed geïnformeerd is over het volledig gelijk zijn van de mesjes en deze vervolgens onder overigens homogene verkoopcondities voor roze kiest, is dat zoals het moet zijn. Om deze reden zijn in dit model bijvoorbeeld ook recente verschijnselen als dynamische prijzen en prijspersonalisatie niet per se problematisch.³⁷

Het tweede model, dat historisch gezien voorafging aan het eerste en dat we kunnen associëren met de theorievorming van Adam Smith, David Ricardo en Karl Marx, is het kostenmodel: de prestatie heeft waarde omdat en voor zover er arbeid in gestoken is.³⁸ Waardecreatie door arbeid staat hier centraal en niet-productieve activitei-

35 Uitdrukking toegeschreven aan L.D. Brandeis, 'What Publicity Can Do', 58 *Harper's Weekly* 2874 (1913), p. 10.

36 'Tankstations Italië moeten vanaf vandaag gemiddelde benzineprijzen tonen', nos.nl 1 augustus 2023. Vgl. over het effect van dergelijke maatregelen bijv. R. Staelin e.a., 'Competition and the Regulation of Fictitious Pricing', *Journal of Marketing* 2023, p. 1 e.v.

37 Eerstegraads (per persoon) of derdegraads (per groep) discriminatie van consumenten op basis van hun bereidheid om te betalen leidt zagezegd tot optimale transactionele welvaartverhoging. Vanuit andere perspectieven, zoals vertrouwen in de markt en negatieve consumentenpercepties, wordt overigens betoogd dat m.n. prijspersonalisatie onwenselijk is. Daarover bijv. K.L. Haws en W.O. Bearden, 'Dynamic Pricing and Consumer Fairness Perceptions', *Journal of Consumer Research* 2006, p. 304 e.v.; E.D.C. Neppelenbroek, 'Wat de gek ervoor geeft. Big Data en de bescherming van de contractuele wederpartij bij prijsdiscriminatie', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (hierna: *WPNR*) 2016/7110, p. 443 e.v.; J. Poort en F. Zuiderveen Borgesius, 'Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price?', in: U. Kohl en J. Eisler (red.), *Data-Driven Personalisation in Markets*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, p. 174 e.v.; C. Ruers en L. Hovhanisian, 'Is het gebruik van prijsalgoritmes eerlijk? Over de toepassing van dynamic pricing en personalised pricing en de toegenomen aandacht van autoriteiten voor fairness', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken* 2022, p. 6 e.v.; F. Esposito, 'The GDPR enshrines the right to the impersonal price', *Computer Law & Security Review* 2022/105660; BEUC, *Each Consumer a Separate Market?*, position paper juli 2023.

38 Zie hierover bijv. J.K. Galbraith, *A History of Economics. The Past as the Present*, Londen: Penguin Books 1987, p. 73 e.v.; M. Mazzucato, *The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy*, Londen: Penguin 2019, p. 34 e.v. Vgl. ook de normatieve waardetheorie van Durkheim,

ten (onaardig gezegd: vormen van waarde-extractie) staan in dit model onder verdenking. De grondeigenaar die grond verpacht of de bodemschatten exploiteert, maar ook de octrooihouder die winsten weet te genereren die niet in verhouding staan tot een redelijke beloning voor gedane arbeid, en zelfs het digitale platform dat als *first mover* met het oogsten van persoonlijke data zichzelf onmisbaar weet te maken – zij kunnen zich allemaal schuldig maken aan waarde-extractie en zich onverdiende voordelen toe-eigenen. De exclusiviteitspositie die het eigendomsrecht goede kanten geeft, laat in dat geval vooral schaduwkanten zien: eigendom kan tot monopolisering en concentratie van economische macht leiden die ruilrechtvaardigheid in de betreffende contracten in gevaar brengen en waarde-extractie in plaats van waardecreatie aanmoedigen, zo is de gedachte.³⁹ Of, om het nog wat krasser uit te drukken met Proudhon, de *godfather* van het anarchisme: eigendom is diefstal.⁴⁰ In dit model zijn sommige prijzen dus gewoon waardeonttrekkingen en daarmee onverdiende voordelen omdat ze niet congruent zijn aan de waarde van de verrichte arbeid en dus ook niet kunnen worden gezien als redelijke beloning voor arbeid die leidt tot innovatie of andere voordelen voor de maatschappij als geheel.

Het tweede model kan overigens in veel gevallen verzoend worden of overlappen met het eerste model.⁴¹ De exclusieve posities waar het tweede model over spreekt, zijn namelijk concentraties van macht. En die schenden veelal de aannames waaronder het contractenrecht ruilrechtvaardige uitkomsten levert. Zelfstandige waarde kan het tweede model hebben in die gevallen waar onverdiende voordelen toevallen aan een contractspartij zonder dat er toegevoegde waarde tegenover staat. En onderzoek toont aan dat mensen, als het gaat om hun subjectieve beoordeling van ruilrechtvaardigheid van een transactie, iets willen weten over de verhouding tussen

en daarover bijv. J. Beckert, *Grenzen des Marktes: die sozialen Grundlagen wirtschaftlicher Effizienz*, Frankfurt a.M.: Campus Verlag 1997, p. 152 e.v.

- 39 J.K. Galbraith, *A History of Economics . The Past as the Present*, Londen: Penguin Books 1987, p. 126 e.v.; D. Harvey, *The Limits to Capital*, Londen: Verso 2018, p. 330 e.v.; M. Mazzucato, *The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy*, Londen: Penguin 2019, p. 38 e.v., p. 97 e.v.; H. Collins, *The Law of Contract*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 30-32. Vgl. over de risico's van concentratie van eigendom bijv. (de verwijzingen bij) W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 42-43; T. Piketty, *Brief History of Equality*, Cambridge, Mass.: Belknap Press 2022, p. 30 e.v.
- 40 P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la Propriété?* (1840), in: *Oeuvres Complètes de P.-J. Proudhon, Tome I*, Parijs: Lacroix, Verboeckhoven & Co 1867, p. 13 e.v.
- 41 Dit komt goed tot uiting in het begrip 'fairness' dat in het mededingingsrecht wordt gebruikt om 'unfaire' waarde-extracties door machtspositie aan te duiden, en dat bijv. ook de grondslag vormt voor het opleggen van redelijke licentieprijs bij octrooien (FRAND-licenties, dat wil zeggen *fair, reasonable, and non-discriminatory*) en voor de introductie van ex-anteregulering van grote techplatforms. Daarover bijv. E. Garces en G. Colangelo, 'Markets, Competition, and Fairness in the EU', *SSRN Paper* 4349587 (2023), p. 9 e.v.; D. Zimmer en N. Nittenwilm, 'For whose sake, and by which means? Fairness Concepts in European Law', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2022, p. 822 e.v.; W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpactijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 161 e.v. Vgl. K. Byttebier, *Ethiek van de sociaal-economische ordening*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 72 e.v.

de gemaakte kosten en de in rekening gebrachte prijs. Dus als in ons voorbeeld een huurcontract een prijsindexatieclausule kent die aansluit bij CBS-inflatiecijfers en door een internationaal conflict de energieprijzen omhoog schiet en daardoor een hoog inflatiecijfer ontstaat dat zonder verdere toetsing wordt omgezet in een indexatiecijfer, terwijl dat inflatiecijfer niet per se iets zegt over de gemiddelde kostenstijgingen voor de verhuurder, dan is in termen van het tweede model eigenlijk sprake van een onverdiend voordeel: tegenover de meerprijs door indexatie staat geen toevoeging van waarde.⁴² En hetzelfde geldt trouwens voor leveranciers van warmte die door een wettelijke prijsregel 'niet meer dan anders' – die primair bedoeld was als plafond – opeens een veel hogere prijs mogen rekenen dan hun kosten rechtvaardigen om de enkele reden dat hun warmteprijs is gekoppeld aan de gasprijs.

In de Warmtewet is het zogeheten 'niet meer dan anders'-beginsel in het leven geroepen (NMDA-beginsel).⁴³ De ratio van dat beginsel is de bescherming van kleinverbruikers tegen o.a. het in rekening brengen van energietarieven die hoger zijn dan de gastarieven zouden zijn.⁴⁴ De prijs van stadswarmte gaat gemiddeld niet verder dan die van gasgestookte c.v.-ketels, dat is het idee. Deze vorm van tariefregulering is eenvoudig in toepassing, maar erg precies is ze niet en ze kan dus leiden tot levering onder kostprijs of juist ver boven kostprijs. Het kan er dus ook toe leiden dat warmteleveranciers – die uit de aard der zaak een monopoliepositie hebben tegenover verbruikers⁴⁵ – aanzienlijke overwinsten realiseren doordat een forse en plotselinge stijging in gasprijzen leidt tot een automatische stijging van het warmtetarief. Er bestond al langer bezwaar tegen het NMDA-beginsel als prijsgrondslag voor warmte, maar het uitbreken van de energiecrisis in 2021 zette de boel nog verder op scherp.⁴⁶

Ten slotte het derde model. Dat wordt wel het model van sociale rechtvaardigheid genoemd, maar het gaat ook onder andere benamingen door het leven. In de meest ruwe vorm zegt dit model: een transactie is ruilrechtvaardig als deze tegemoetkomt

42 Vgl. over de economische ethiek van contractuele (bevoegdheden tot) prijswijziging W.A. Jackson, 'The Ethics of Price Variation', *Forum for Social Economics* 2022, p. 1 e.v. Het CBS had overigens in 2022 al aangekondigd dat de gehanteerde inflatie-index sowieso niet goed paste op de uitzonderlijke energiecrisis en dat een nieuwe index nodig was. Zie 'Naar een nieuwe methode om energieprijzen te berekenen', cbs.nl 31 oktober 2022. Vgl. inmiddels Rb. Den Haag (vzr.) 4 mei 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:8786 (ECW/TCK).

43 M. van Ee e.a., *Warmte. Wet, regelgeving en toelichting*, Boxtel: Aeneas 2013.

44 *Kamerstukken II* 2002/03, 29048, nr. 15, p. 11-12; *Kamerstukken II* 2002/03, 29048, nr. 3, p. 6. Ook moet de wettelijke procedure inspraak van belanghebbenden borgen. Vgl. S. Lavrijssen en A. Huygen, 'De warmteconsument in de kou: een juridische en economische analyse van de positie van de warmteconsument', *Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2013, p. 256 e.v.

45 S. Lavrijssen en A. Huygen, 'De warmteconsument in de kou: een juridische en economische analyse van de positie van de warmteconsument', *Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2013, p. 253 e.v.

46 Op dat moment was overigens al een wetswijziging ophanden die op termijn een klassiek systeem van eerlijkheidstoetsing van monopolistentarieven zou gaan toepassen op warmtenetten. Zie daarover bijv. G.J. Lybaart, 'Implicaties van de kosten-gebaseerde tariefregulering in de Wet collectieve warmtevoorziening', *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2020, p. 234 e.v.

aan de wederzijdse behoeften en draagkracht van partijen. In dit model mag de prijs van arbeid niet onder het sociale minimum raken – het *behoefte*criterium – en de prijs van huurwoningen niet boven de redelijkerwijs te betalen woonquote – het *draagkracht*criterium.⁴⁷ Het model zegt dus iets over de wenselijke sociale onder- en bovengrens.⁴⁸ Het kan als correctie op de eerste twee modellen fungeren, maar het gaat verder dan dat. De ruilrechtvaardigheid vraagt in dit model namelijk soms ook om solidariteit en kruissubsidie in de vorm van een gelijke prijs voor economisch gezien ongelijke gevallen. Bijvoorbeeld omdat onze opvattingen over de moraliteit van het maatschappelijk verkeer niet altijd toelaten dat gevallen die vanuit kostenperspectief ongelijk zijn ook werkelijk ongelijk worden beprijsd, zoals het geval is bij het treinkaartje voor rolstoelers of de levensverzekeringspremie voor vrouwen.⁴⁹ Of omdat we de ultieme consequentie van een markt volgens het eerste model, waar persoonlijk nut en de bereidheid daarvoor te betalen centraal staan, niet willen aanvaarden en een recht op gelijke prijs introduceren voor blauwe en roze scheermesjes.⁵⁰

47 Vgl. W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 154.

48 De literatuur over deze invalshoeken van behoefte en draagkracht is overweldigend, te beginnen bij Aquinas. Zie hierover bijv. A. Lapidus, 'Norm, virtue and information: the just price and individual behaviour in Thomas Aquinas' *Summa Theologiae*', *The European Journal of the History of Economic Thought* 1994, p. 428 e.v.; W. Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers/Brill 2013, p. 507 e.v.; R.L. Bergmann, *Der ungerechte Austauschvertrag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, p. 16 e.v. Buiten de juridische literatuur valt te wijzen op verschillende economische stromingen, zoals de literatuur over de *moral economy* (als tegenhanger van *market economy*). Voor een uiteenzetting daarvan, zie L. Armstrong, *The Idea of A Moral Economy. Gerard of Siena on Usury, Restitution, and Prescription*, Toronto: University of Toronto Press 2016, p. 25 e.v. en voor een fraaie toepassing K. Bedford, 'Gambling in the Moral Economy: A Case Study of Law and Regulation in a Pandemic', *Journal of Law and Political Economy* 2022, p. 351 e.v. Vgl. ook economische stromingen die tegenwicht proberen te bieden aan onversneden marktdenken zoals sociale markteconomie of de mediterrane versie van markteconomie (d.w.z. met een meer katholiek dan protestants karakter, met nadruk op ruilrechtvaardigheid en solidariteit); daarover bijv. L. Bruni en R. Sugden, 'Fraternity: Why the Market Need Not be a Morally Free Zone', *Economics & Philosophy* 2008, p. 35 e.v.; M.G. Martino, 'Civil Economy: An Alternative to the Social Market Economy? Analysis in the Framework of Individual versus Institutional Ethics', *Journal of Business Ethics* 2018, p. 15 e.v.; P. Santori, *Thomas Aquinas and the Civil Economy Tradition*, Abingdon: Aldershot 2021. Vgl. M. Baurmann, *Der Markt der Tugend. Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck 1996, p. 471 e.v. Van de politiek-filosofische stromingen kan ook nog worden gewezen op *sufficientarianism* en *limitarisme*, dat kort gezegd een uniform verdienplafond propageert; daarover bijv. D. Timmer, 'Justice, Thresholds, and the Three Claims of Sufficientarianism', *Journal of Political Philosophy* 2022, p. 298 e.v.; D. Timmer, 'Limitarianism: Pattern, Principle, or Presumption?', *Journal of Applied Philosophy* 2021, p. 760 e.v.

49 Over non-discriminatie bij verzekeringspremie bijv. D.A. Cather, 'Insurance Pricing Discrimination and Aristotelian Equality: An Application to Annuity Pricing', *Journal of Insurance Regulation* 2021, p. 1 e.v.

50 Als *pink tax* kan worden bewezen, is sprake van directe of indirecte discriminatie en dat is in strijd met art. 7 Algemene wet gelijke behandeling.

In elk van deze drie modellen zijn de onvoorziene systeemontwrichtende omstandigheden die zich na het sluiten van het contract voordoen, het lastigste te plaatsen. Moet het contractenrecht gewoon vasthouden aan het contract, moet het contract eindigen, of juist worden aangepast aan de nieuw ontstane situatie? Moeten vaste energiecontracten worden opengebroken om het prijsevenwicht tussen leverancier en afnemer te herstellen? Moet het beroep op de contractueel afgesproken inflatie-index voor periodieke prijsverhoging worden afgewezen en vervangen door een andere maatstaf om het prijsevenwicht tussen verhuurder en huurder te behouden? Dit is de moeilijkste noot om te kraken.⁵¹

Wel beschouwd zijn onvoorziene omstandigheden die ruilrechtvaardigheid achteraf in gevaar brengen, in essentie informatieproblemen. Net als wanneer een gemeenschappelijk informatietekort bij het sluiten van het contract ruilrechtvaardigheid blijkt te frustreren, de gevallen van wederzijdse dwaling.

Informatieproblemen achteraf zoals bij onvoorziene omstandigheden leggen bloot dat het contract *incompleet* is. Het toekomstrisico is niet verdisconteerd terwijl dit in een zogenoemd 'compleet contract' wel zou zijn gebeurd. Dit 'incompleet' zijn van het contract kan in een stelsel van contractenrecht worden opgelost door gebruik te maken van het zogenoemde 'hypothetische contract'. Daarbij is de vraag: welk contractueel evenwicht zouden partijen hebben gekozen als zij van tevoren in alle vrijheid op een goed functionerende markt over de toedeling of verdeling van het risico van de onvoorziene omstandigheid hadden onderhandeld? Dat hypothetische contract zou in die benadering de standaard kunnen zijn voor de afwikkeling van de verhouding van partijen.⁵² Wat zou het evenwicht zijn dat partijen in dat geval zouden hebben gekozen? Daar staat echter tegenover dat partijen geprikkeld moeten worden om zélf de afweging te maken en daarom zijn er ook auteurs die menen dat het contractenrecht vooral niet moet interveniëren in dit soort gevallen. Er is inderdaad een groep gevallen waarin niet ingrijpen voor de hand ligt, zowel bij wederzijdse dwaling over bestaande feiten als over de toekomst. En dat is wanneer het contract een tweezijdig speculatief karakter heeft. In dat geval zijn beide partijen zich ervan bewust dat zij niet alle informatie hebben en zij het risico van discrepantie in ruilverhouding welbewust verdisconteren in de prijs. Dit alles overigens onder

51 Zie de verschillende pogingen bij R. Cooter en T. Ulen, *Law & Economics*, 5^e druk, Boston: Pearson 2008, p. 217 e.v.

52 M. Cenini e.a., 'Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts', in: E. Hondius en H.C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 50-51. Vgl. J. Oosterhuis, 'Marktwerving als publiek belang bij onvoorziene omstandigheden. Schaarste, contractuele gebondenheid en de hoedanigheid van contractspartijen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2023, p. 200-204. Bij dwaling is het hypothetische contract bijv. van belang als aangenomen wordt dat bij de juiste voorstelling van zaken wel een contract tot stand zou zijn gekomen maar met een andere inhoud. Zie voor een toepassing daarvan HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Renteswap*). Over het concept van het hypothetische contract in het algemeen bijv. R. Cooter en T. Ulen, *Law & Economics*, 5^e druk, Boston: Pearson 2008, p. 221 e.v.; R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 144 e.v. Vgl. M.W. Hesselink, 'Vragen bij de toepassing van artikel 6:230 BW', *WPNR* 1995/6191-6192, p. 541/563 e.v.

de aanname van redelijk gelijke onderhandelingsmacht en afwezigheid van informatieasymmetrie. Dit betekent dat bij de argumenten voor of tegen interventie in deze gevallen eigenlijk geen duidelijke winnaar is aan te wijzen, tenzij met behulp van het tweede model kan worden gezegd dat de onvoorziene omstandigheden een onverdiend voordeel opleveren ten opzichte van de ander waar geen verhoogde arbeidsinspanning tegenover staat.

4. EN HET ALGEMEEN DEEL VAN HET OVEREENKOMSTENRECHT...?

De drie modellen die ik besprak, kunnen veel juridische pogingen om ruilrechtvaardigheid te realiseren verklaren en rechtvaardigen. Sterker nog: dat gebeurt al. Het neoklassieke model en zelfs het kostenmodel is bijvoorbeeld onderdeel van het mededingingsrecht, dat optreedt bij kartelvorming en misbruik van economische machtspositie. Beide modellen zien we ook in het consumentenrecht en langzamerhand ook in het mkb-privaatrecht dat zich langzaam ontwikkelt.⁵³ Het derde model wordt onder andere nagestreefd in arbeidsrecht, huurrecht en zelfs in het financieel recht.⁵⁴ Alles in functie van ruilrechtvaardigheid.

En zo kan ik nog wel wat voorbeelden noemen.⁵⁵ Wat te denken van artikel 25b e.v. Auteurswet, dat een billijke vergoeding bij exploitatieovereenkomsten centraal stelt? Of van artikel 7:249 BW, dat toetsing van de redelijkheid van de huurprijs mogelijk maakt?

En wat doet het algemene deel van het overeenkomstenrecht? Dat lijkt een beetje achter te raken. Als we de Asser-serie moeten geloven, wordt de discussie nog steeds gedomineerd door Rutten die als rechter zo'n zeventig jaar geleden het weinig katholieke standpunt innam dat ons recht de *iustum pretium*-leer niet kende en

53 Over de opkomst van *mkb-privaatrecht* bijv. W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 115 e.v.; M.F. Müller, *Kleine und mittlere Unternehmen im Privatrecht. Auf dem Weg zu einem Sonderprivatrecht?*, Baden-Baden: Nomos 2021, p. 897 e.v. Vgl. ook P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Etude de droit privé*, Parijs: LGDJ 2021, p. 41 e.v.

54 Zie art. 4:74 Wft en art. 86c Bgfo (voorheen: art. 149a Bgfo), waar de wetgever weliswaar de vrijheid om provisie af te spreken vooropstelt maar wel een verband met de werkzaamheden eist. Bovenmatige beloning kan worden aangepakt.

55 Vaak worden in dit verband ook regelendrechtelijke wetbepalingen genoemd die bepalen dat een 'redelijke prijs' als tegenprestatie verschuldigd is als geen afspraak is gemaakt over de prijs (bijv. art. 7:4, 7:405, 7:601 en 7:751 BW). Ik vind dat geen goede voorbeelden omdat ze als regelend recht uit de aard der zaak niet dwingen tot ruilrechtvaardigheid. Ook rechtsfiguren als het recht op partiële ontbinding bij gedeeltelijke wanprestatie zou ik niet zonder meer in verband brengen met ruilrechtvaardigheid (zoals J. Hallebeek, 'De *iustum pretium*-leer en het evenredigheidsbeginsel', *Ars Aequi* 2013, p. 63-64 kennelijk voorstaat), omdat ze over gevallen gaan van gedeeltelijke *tekortkoming* die onevenwicht met de oorspronkelijk bedongen prijs teweegbrengt.

dat rechters er ook vooral niet aan moesten beginnen omdat het spijtoptanten en querulanten aan zou trekken.⁵⁶

Rutten suggereert dat de Hoge Raad de leer van de rechtvaardige prijs zou hebben *verworpen*. Hij verwijst daarbij naar twee oude arresten waar dat in zou zijn gebeurd. Het gaat om *Moorman/Materiaalstaat* (1936) en *Bovag II* (1957).⁵⁷ Het eerste arrest gaat over de vraag of een vervalbeding als sanctie op wanprestatie nietig is wegens strijd met de goede zeden en het tweede over misbruik van omstandigheden als grondslag voor terzijdestelling van een exoneration. Deze arresten geven strikt genomen geen antwoord op de vraag of de rechter zich desgevorderd dient te verdiepen in de rechtvaardigheid van de ruilverhouding van de *primaire* prestaties zelf. De verwijzing ernaar anno 2023 als bewijsstuk tegen het bestaan van enig leerstuk van rechtvaardige prijs is m.i. zwak, ook al omdat we met de wijsheid van nu kunnen zeggen dat toetsing van vervalbedingen en exonerationen helemaal niet zo exotisch is.⁵⁸

Alsof het leerstuk zou inhouden dat de rechter zijn eigen subjectieve prijsoordeel ongemotiveerd zou mogen opleggen aan partijen,⁵⁹ en alsof rechters geen raad weten met spijtoptanten en querulanten. Het gaat natuurlijk om *het verhaal* dat de klagende

-
- 56 L.E.H. Rutten, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Derde deel. Verbintenissenrecht. Tweede stuk. De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, 1^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 38-39 is nog voorzichtig; hij behandelt weliswaar HR 13 november 1936, NJ 1937/433 (*Moorman/Materiaalstaat*) en wijst op het gevaar van chicanes, maar hij verwijst t.a.p. ook naar Frans en Duits recht dat meer ruimte ziet voor rechterlijke toetsing en hij concludeert dat het laatste woord over dit probleem nog wel niet zal zijn gesproken. In de tweede druk (L.E.H. Rutten, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Derde deel. Verbintenissenrecht. Tweede stuk. De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, 2^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961, p. 35-36) heeft Rutten vervolgens de passage over Frans en Duits recht weggehaald en verwijst hij alleen nog maar naar de leerstukken misbruik van omstandigheden en onvoorziene omstandigheden als mogelijke 'escape'.
- 57 HR 13 november 1936, NJ 1937/433 (*Moorman/Materiaalstaat*); HR 11 januari 1957, NJ 1959/37 (*Bovag II*). Rutten was overigens zeker niet de enige die deze arresten in de sleutel van verwerping van de *iustum pretium*-leer zette. Zie bijv. C.J. van Zeben, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 25-26, en van de vooroorlogse auteurs bijv. M.H. Bregstein, 'De ontwikkeling van de algemeene contractenleer in het B.W. van 1838 tot heden', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 455 e.v.
- 58 Een sterker bewijs vinden we in J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het Ontwerp van Burgerlijk Wetboek, Zittingsjaar 1824-1825, Deel II*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1878, p. 554-555 (enkele benadeling geen grond voor nietigheid wegens *laesio*), en in *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1521, alwaar de wetgever de toetsing van kernbedingen verwerpt omdat zulks de *iustum pretium*-leer zou introduceren.
- 59 Een dergelijke karikatuur maakten H. Brandner en P. Ulmer, 'The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts. Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission', *Common Market Law Review* 1991, p. 647 e.v. van de ontwerprichtlijn oneerlijke bedingen, met als gevolg dat in de definitieve versie een beoordeling van bedingen geen betrekking mag hebben op de gelijkwaardigheid van prijs en tegenprestatie (art. 4 lid 2 Richtlijn 93/13/EEG). Zie M.W. Hesselink, *Justifying Contract in Europe. Political Philosophies of European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 287-288.

partij heeft: het gaat zelden om een enkele wanverhouding tussen prijs en prestatie. Denk terug aan de voorbeelden waar ik vandaag mee begon: soms is het een informatietekort, soms een concentratie van economische macht, of een onvoorzien en onverdiend voordeel dat het verhaal vertelt. Vermoedelijk om die reden voegt Rutten er bij wijze van nuancering aan toe dat er *wel* ruimte is voor rechterlijke toetsing aan misbruik van omstandigheden en aan onvoorziene omstandigheden.⁶⁰ Dat is niet heel spannend want dat zijn gewoon verwijzingen naar wat inmiddels geldend recht is. Spannender is misschien dat Sieburgh in hetzelfde Asser-deel zo'n zestig jaar later, in 2005 namelijk, opeens een paraplubegrip 'maatschappelijke rechtvaardigheid' introduceert als contractenrechtelijk beginsel, dat heel wel noties van ruilrechtvaardigheid zou kunnen omvatten.⁶¹

Hoe dat ook zij, uiteindelijk draait het om de vraag wat de achterliggende modellen zijn die de verhouding bepalen tussen wat het BW *wel* uitdrukkelijk regelt – dwaling, misbruik van omstandigheden, onvoorziene omstandigheden – en wat het BW *niet* regelt maar wat wel via open normen intrede kan doen. Dat is juist ook belangrijk om niet zomaar rechterlijke intuïtie te laten regeren maar om een solide bouwwerk te maken van ons recht. Daarbij passen vragen over hoe het algemeen overeenkomstenrecht zich verhoudt tot het mededingingsrecht, het handelspraktijkenrecht en het dwingend prijzenrecht. Een consistent bouwwerk maken we bijvoorbeeld door kritisch te kijken naar de klassieke leerstukken van het BW. Neem het leerstuk van misbruik van omstandigheden. Dat wordt standaard genoemd als de remedie tegen oneerlijke prijsvorming. Maar in de praktijk is het leerstuk nauwelijks relevant: de drempels zijn te hoog en het toepassingsbereik is te klein. Terwijl we in de landen om ons heen zien dat er juist nieuwe privaatrechtelijke leerstukken van marktpraktijkenrecht ontstaan om de gaten in het wegdek op te vullen. Daarmee worden tal van ongeoorloofde contracteerpraktijken aangepakt die samenhangen met relatieve en situationele marktmacht. Macht die kan ontstaan uit economische verschillen tussen grotere en kleinere ondernemingen in de handelsketen, uit afhankelijke duurrelaties, uit platformisering en andere innovaties die tot economische concentratie leiden. Macht die het eindsel van contractvrijheid onbereikbaar maken.

60 Bijv. L.E.H. Rutten, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vierde deel. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, 6^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 39. Bij de bewerking door Hartkamp is de tekst in grote lijnen overgenomen; zie A.S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht - Algemene leer der overeenkomsten volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Deel 4-II van Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, 7^e druk, Deventer: Kluwer 1985, p. 37-38 en volgende drukken.

61 Het paraplubeginsel 'maatschappelijke rechtvaardigheid' (zie A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel: Verbintenissenrecht. Algemene leer der overeenkomsten (4-II)*, Deventer: Kluwer 2005, p. IX en nr. 32 e.v.) kan wellicht worden begrepen als erkenning van ongelijkheidscompensatie of vormen van verdelende rechtvaardigheid als beginselen van contractenrecht.

Een ander probleem met het leerstuk van misbruik van omstandigheden is het handhavingstekort: degene die in actie moet komen is degene van wiens preciaire economische omstandigheden misbruik is gemaakt, en die zal dat niet snel doen zolang het misbruik voortduurt (en daarna waarschijnlijk ook niet, al was het maar omdat procederen geld kost en geen op voorhand zekere uitkomst kent). Interveniërende handhaving door derden, via collectieve privaatrechtelijke actie dan wel met behulp van strafrecht of bestuursrecht, is dan waarschijnlijk een beter begaanbare route.⁶² Zie bij wijze van voorbeeld de pogingen daartoe in de *Wet goed verhuurderschap* en het conceptwetsvoorstel *Wet modernisering en uitbreiding strafbaarstelling mensenhandel*, die bijvoorbeeld (contractuele) uitbuiting van arbeidsmigranten trachten tegen te gaan.⁶³

Ik denk dus dat we niet moeten stoppen bij wat in Boek 6 van het BW staat; misschien moeten we ook voorbij klassieke leerstukken kijken om het bouwwerk van het burgerlijk recht consistent en up-to-date te houden. Doen we dat, dan kunnen we misschien ook het juk van de totstandkomingsgeschiedenis van Boek 6 van het BW afwerpen. Bij die totstandkoming stond vooral de faciliterende functie van regelend contractenrecht voorop en werden de meer geleidende functies pas later ontwikkeld, en dan nog vaak buiten het BW.⁶⁴ Zo kon het gebeuren dat onze algemene contractenrechtelijke leerstukken ontwikkeld zijn vanuit de aanname van gelijke onderhandelingsposities en die van binding door geïnformeerde transactiebesluiten.⁶⁵ Bij deze aanname past het standpunt dat niet het gebrek aan ruilrechtvaardigheid zelf maar de overeenkomst die niet in vrijheid totstandgekomen is, interventie rechtvaardigt.⁶⁶ De auteurs die zo redeneren, hanteren volgens mij een nogal eenzijdig

62 Zie over het handhavingstekort bij arbeidsuitbuiting bijv. het rapport *Daders vrijuit, slachtoffers niet geholpen. Knelpunten aanpak arbeidsuitbuiting*, Algemene Rekenkamer 2021.

63 Wet van 24 maart 2023, houdende regels ter bevordering van goed verhuurderschap en het voorkomen en tegengaan van ongewenste verhuurpraktijken (Wet goed verhuurderschap), *Stb.* 2023, 103 resp. wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafrecht BES en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van mensenhandel en de introductie van de zelfstandige strafbaarstelling van ernstige benadeling en van voordeeltrekking (Wet modernisering en uitbreiding strafbaarstelling mensenhandel) (in consultatie).

64 Het zal geen toeval zijn dat de geleidende crisiswetgeving *buiten het BW* werd opgesteld en dat civilisten deze vooral als 'legal irritants' zagen. Zie bijv. J.H. Beekhuis, 'Contract en contractvrijheid' (1953), in: *Geschriften van J.H. Beekhuis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 177 e.v.; A. van Oven, *Aere Perennius. Over de onvergankelijkheid van het privaatrecht* (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956. Vgl. over crisiswetgeving bijv. J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838)*, Amsterdam: Arbeiderspers 1949, p. 233 e.v.; C.J.H. Jansen, 'De Geldschieterswet van 28 januari 1932 (Stb. 19)', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2015, p. 186.

65 Bijv. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 57 e.v.

66 Vgl. hierover de auteurs genoemd bij W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 47-48, waaraan toe te voegen valt: T. Hartlief, 'Het beginsel van de rechtvaardige prijs. Enige opmerkingen naar aanleiding van recente pleidooien voor herintroductie van de iustum pretium leer', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1998, p. 7. Van de recente auteurs die op een of andere manier voorstander

begrip van vrijheid. Ze negeren in elk geval de aannames waaronder het raamwerk van het BW functioneert. Het is alsof ze uit het neoklassieke model wel het *eindsel* van de contractvrijheid omarmen maar zich niet bekommeren om de onderliggende aannames voor behoorlijke werking van de markt of om belangrijke nuanceringen uit het model van sociale rechtvaardigheid.⁶⁷ Het gevolg is dat zij niet goed raad weten met wettelijke ingrepen zoals minimumloon, huurprijsmaxima en rentemaxima bij consumentenkrediet. In het beste geval zien ze dit als uitzonderingen op een hoofdregel en in het slechtste geval menen ze dat het geen algemeen contractenrecht is en dus niet tot hun vakgebied behoort.⁶⁸ Wat het ook moge opleveren, een passende visie op de fundamenteën van ruilrechtvaardigheid in het contractenrecht is het niet.

zijn van (een versie van) de *iustum pretium*-leer, noem ik J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 281 e.v.; F.W. Grosheide, 'Iustum Pretium. Enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid', *WPNR* 1996/6227, p. 435 e.v.; M.M. van Rossum, "'Gross disparity': een herleving van de leer van het iustum pretium?", *WPNR* 1996/6237, p. 659 e.v.; V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 96-98; M.W. Hesselink, 'Capacity and Capability in European Contract Law', *European Review of Private Law* 2005, p. 491 e.v.; R. Hardy, 'De iustum pretium-leer. (Nieuwe) inzichten uit de rechtseconomie, het mededingingsrecht en empirie', *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 1160 e.v.; I. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dvaling of misbruik van omstandigheden* (diss. OU), Amsterdam: Brave New Books 2013. Van de oudere literatuur, die m.n. in de crisisjaren 1930 verscheen, zie bijv. P.W. Kamphuisen, 'De leer van het Iustum Pretium herleefd', *WPNR* 1933/3314-3315, p. 273/281 e.v.; N. de Beneditty, 'Evolutie van "autonome" naar "heteronome" overeenkomst', *WPNR* 1934/3379-3380, p. 421/433 e.v.; G.J. Scholten, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1934, p. 185 e.v.; N. de Beneditty, 'Gelijkwaardige of bedongen contra-prestatie?', *WPNR* 1936/3446-3447, p. 17/33 e.v.; C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, 'De herleving van de leer van den rechtvaardigen prijs en haar rechtswijsgeerige grondslag', *Themis* 1937, p. 1 e.v. Daarover bijv. M.H.S. Lebens-de Mug, *Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 111 e.v. Vgl. ook nog de ontwikkeling van het leerstuk van onvoorziene omstandigheden in het Interbellum door auteurs als Levenbach (M.G. Levenbach, *Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Paris 1923), in navolging van P. Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig: A. Deichert 1921. Vaak wordt de discussie toegespitst op de vraag of een onevenwichtig contract *nietig* is (bijv. wegens strijd met goede zeden of openbare orde), en in die sleutel gesteld wijzen veel auteurs de *iustum pretium*-leer af. Zie bijv. P. Abas, *Dr. L.C. Hofmann. Het Nederlands Verbintenissenrecht. Deel 1 De algemene leer der verbintenissen - tweede gedeelte* (artt. 1302-1303; 1349-1387 BW), 8^e druk, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 154. Anno nu is die toespitsing m.i. te eng.

67 Vgl. over plaats en rol van contractvrijheid in dit verband bijv. H. Collins, *The Law of Contract*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 20 e.v.; D. Campbell, *Contractual Relations. A Contribution to the Critique of the Classical Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2022, m.n. hfdst. 1 en 2; M. Somers, 'Legal Predistribution, Market Justice, and Dedemocratization: Polyani and Piketty on Law and Political Economy', *Journal of Political Economy* 2022, p. 239 e.v.

68 Let wel : de ratio van wettelijke rentemaxima bij geldlening (bescherming tegen overmatige schulden) is niet per se dezelfde als het wettelijk minimumloon en huurmaxima (behoefte).

Economische vrijheid is kortom *meer* dan het eenzijdig gebruikte begrip contractvrijheid. Economische vrijheid eist meer dan alleen de mogelijkheid om te slikken of te stikken (het adhesiecontract). Die vrijheid *veronderstelt* bijvoorbeeld echte keuzemogelijkheden en afwezigheid van marktmacht die keuzes beperkt welke bij een goed functionerende markt zouden bestaan,⁶⁹ zodat eenieder in staat wordt gesteld om zichzelf te ontwikkelen naar eigen vermogen.

5. DE VOLGENDE STAP

Ik denk dat we toe zijn aan een volgende stap of misschien wel een sprong. Juridische concepten als wilsautonomie, aanbod en aanvaarding, contractvrijheid en binding aan het contract gebruiken we om de werkelijkheid in juridische termen te beschrijven. Ze moeten ons helpen om passende rechtsregels te ontwikkelen die het eindsel van contractvrijheid dichterbij brengen. Het zijn geen dogma's, laat staan onfeilbare. Ze moeten voor kritiek vatbaar zijn. En als het model niet past bij onze tijd, dan moeten we omkijken naar een ander model dat beter recht doet. Tijd dus om de mouwen op te stropen en ons de drie w-vragen te stellen: *wanneer* ingrijpen, *waarom* en *wie*? Bij het *wanneer* en *waarom* kunnen de drie modellen helpen. Ook in de vier voorbeelden die ik gaf.

Het *wie* laat ik buiten beschouwing. Daarbij moet worden gedacht aan vragen als: is het aan de wetgever, en zo ja, met welke instrumenten, of is het aan de rechter? Vragen van effectiviteit, efficiëntie, borging van fundamentele rechten en de taakverdeling tussen privaatrecht en publiekrecht komen daarbij aan de orde.⁷⁰

Die modellen kunnen ons in de eerste plaats vertellen dat op markten met machtsposities of marktmacht de contractvrijheid niet altijd vanzelf werkt en dat soms prijsregulering nodig is om waarde-extractie tegen te gaan. Dat kan een wetgevende afweging vergen, maar het vraagstuk kan ook in een civielrechtelijke context spelen. Onderzoek kan aantonen dat sprake is van een te hoge prijs in vergelijking met een markt waarin geen aanbodconcentratie plaatsvindt. Dat bewijs kan duiden op misbruik van economische machtspositie of op relationele of situationele marktmacht. Klanten hebben er dan recht op om in de positie te worden gebracht waarin ze zouden hebben verkeerd ingeval ze een (hypothetisch) contract zouden hebben gesloten met een aanbieder op een (hypothetische) markt zonder falen.

⁶⁹ Over keuzemogelijkheid als een kernelement van autonomie bijv. J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 372 e.v.; H. Dagan, 'Pluralism and Perfectionism in Private Law', *Columbia Law Review* 2012, p. 1423; M.W. Hesselink, *Justifying Contract in Europe. Political Philosophies of European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 312-313.

⁷⁰ Mijn Rotterdamse oratie (W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006) en de onderzoekslijn die ik destijds ontwikkelde (2005-2014), gaan onder meer over het *hoe*.

Die modellen kunnen ons in de tweede plaats vertellen dat intransparante verdiensten zo problematisch kunnen worden dat ze aan het zonlicht moeten worden blootgesteld om ruilrechtvaardigheid te stimuleren. Hoewel de Hoge Raad nog niet zo ver lijkt te zijn, kan de volgende stap – die goed past binnen het eerste model en binnen het bestaande privaatrechtelijke denkkader – een precontractuele transparantieplicht over beloningsstructuren en kostentoerekening zijn tegenover met name kleine ondernemers en consumenten. Het raamwerk van het burgerlijk recht biedt hier mogelijkheden voor diegenen die bereid zijn om ze te gebruiken.

Die modellen kunnen ons in de derde plaats vertellen dat sociale rechtvaardigheid niet alleen in bepaalde gevallen onder- en bovengrenzen aan prijzen stelt (overigens met alle mogelijke neveneffecten zoals verschraling van het aanbod en onbedoelde herverdelingseffecten) maar soms ook gelijke prijzen vooropstelt voor gevallen die ongelijke kosten betreffen maar waarbij toegang tot identieke waarden centraal wordt gesteld en misschien zelfs – als andere opties zijn uitgeput of onbegeenbaar blijken – gelijke prijzen voor gevallen waarbij het subjectieve nut verschilt. Het is niet alleen de wetgever die bijvoorbeeld intervenueert met onder- en bovengrenzen aan prijzen, maar ook de rechter kan een aantal instrumenten inzetten, zoals de goede zeden of maatschappelijke betamelijkheid om toegang tot identieke waarden of identieke toegang tot verschillende waarden te borgen.

Die modellen kunnen ons in de vierde plaats ten slotte vertellen dat bij onvoorziene omstandigheden niet alleen moet worden gekeken naar de verzwaring van de contractpositie van de een,⁷¹ maar soms ook naar de voordelen die aan de ander in de schoot worden geworpen zonder dat er extra inspanningen tegenover staan. Een afgesproken vaste prijs die knelt door onvoorziene omstandigheden kan worden onderzocht aan de hand van een concept dat zowel past binnen het neoklassieke model als het socialerechtvaardigheidmodel, namelijk dat van de superieure risicodragers.⁷² De partij die door schaalvoordelen beter in staat kan worden geacht om risico's te spreiden, is mogelijk eerder aangewezen om prijsschokken te absorberen dan wederpartijen voor wie dat minder geldt. Als de aard van de schok echter zodanig is dat de bedrijfsvoering van systeemrelevante spelers in gevaar komt, zal ruilrechtvaardigheid mogelijk eisen dat het incomplete contract wordt gewijzigd.⁷³ Dit zijn dan ook typisch de markten die sectorspecifieke regulering nodig hebben

71 De enkele verzwaring van contractpositie is overigens geen grond voor toepassing van art. 6:258 BW, zeker niet in markten waarvan bekend is dat er (flinke) prijsschommelingen kunnen plaatsvinden. Het zal van de weging van alle omstandigheden afhangen of de schommelingen al dan niet zijn verdisconteerd en, indien niet, of het contract ontbonden of gewijzigd moet worden.

72 Zie M. Cenini e.a., 'Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts', in: E. Hondius en H.C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 33 e.v. Vgl. J. Oosterhuis, 'Marktwerking als publiek belang bij onvoorziene omstandigheden. Schaarste, contractuele gebondenheid en de hoedanigheid van contractspartijen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2023, p. 199.

73 Over 'incomplete contracts' bijv. S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard: Belknap 2004, p. 299 e.v. Vgl. S. Bowles, *The Moral Economy*, New Haven: Yale University Press 2016, p. 27 e.v.

om allerlei vormen van marktfalen tegen te gaan en om solventie te borgen. Maar de civiele rechter heeft ook instrumenten om contracten te toetsen en aan te passen.

De onvoorziene werking van een prijsclausule die de een op kosten jaagt maar waar geen extra kosten of arbeid tegenover staan aan de kant van de ontvanger, kan met toepassing van het tweede model mogelijk worden gezien als een onverdiend voordeel en is in contractenrechtelijke zin te remediëren door met een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid niet toe te staan dat die prijsverhoging onverkort wordt doorgevoerd.

Tot zover een korte verkenning van de implicaties van de drie modellen voor de privaatrechtelijke ruilverhouding tussen partijen. Bij dit alles staat voor mij voorop dat streven naar ruilrechtvaardigheid de prijs is die we betalen voor het leven in een maatschappij die behoefte, draagkracht, solidariteit en gematigdheid als relevante waarden stelt naast de gangbare benadering van vrije markt met als pijlers schaarste, nutsmaximalisatie en evenwicht door vraag en aanbod. Ruilrechtvaardigheid is dus een contractenrechtelijke waarde die in het krachtenveld tussen economische efficiëntie, sociale rechtvaardigheid en individuele vrijheid positie neemt.⁷⁴ Het vraagt m.i. om een model dat neoklassiek marktdenken uitdrukkelijker combineert met het waarderen van waardecreatie, het ontmoedigen van waarde-extractie, en waar nodig het nastreven van sociale rechtvaardigheid. Het blijft dus zoeken naar evenwicht in de echte wereld.

6. DANKWOORD⁷⁵

Beste aanwezigen, ik kom langzaam tot een afronding.

Plaats en tijdstip van deze rede zijn bijzonder. Wat betreft de plaats: naast de aula staat het standbeeld van Thomas van Aquino dat in vroeger tijden het Keizer Karelplein bewaakte. Als civilist associëren we Aquinas natuurlijk met de leer van de rechtvaardige prijs: een contract is alleen rechtvaardig als de prijs die wordt betaald, niet bovenmatig is. Het rudimentaire idee van contractuele ruilrechtvaardigheid dus, zoals we Aristoteles associëren met de driedeling ruilrechtvaardigheid, vergeldende rechtvaardigheid en verdelende rechtvaardigheid.⁷⁶

74 Ruilrechtvaardigheid kan dus onderdeel zijn van de groep van privaatrechtelijke normen die sociale doelen nastreeft; vgl. W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 155-156.

75 Ik dank Steven Bartels en Ton Hartlief voor hun kritische commentaar op een eerdere versie van deze rede en Corjo Jansen voor de gedachtewisseling over het onderwerp. Dank ook aan de deelnemers van het symposium 'Prijs en Privaatrecht' (23 juni 2023 te Nijmegen) voor de boeiende gedachtewisseling over aanpalende thema's. Student-assistenten Alyssa Prašević en Matti Smit gaven onderzoeksondersteuning. De tekst werd afgesloten op 23 juni 2023 en de voetnoten niet veel later; met latere ontwikkelingen werd geen rekening gehouden. Wat betreft de tekst van deze rede: de ingesprongen tekstdelen in kleinere letter zijn uitweidingen en onderbouwingen; deze tekstdelen werden niet uitgesproken.

76 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*; Thomas van Aquino, *Summa Theologiae*. Over de historische ontwikkeling van het denken over de ruilrechtvaardige prijs bijv. inleidend J.K. Galbraith, *A History*

Wat betreft het tijdstip: het jaar 2023 is een bijzonder jaar om een oratie te mogen houden. Het is niet alleen het eeuwfeest van de Radboud Universiteit, maar het is dit jaar ook honderd jaar geleden dat de Duitse hyperinflatie aanleiding gaf tot bezinning op ruilrechtvaardigheid en de fundamenteën van de binding aan het contract. Niet alleen in Duitsland maar in veel westerse landen waar juridische conflicten opspeelden die hiermee samenhangen. Als de afgelopen jaren iets hebben laten zien, dan is het dat die bezinning op ruilrechtvaardigheid en de fundamenteën van de binding aan het contract ook vandaag nodig is,⁷⁷ waar sociale en economische stabiliteit fragiel blijken en waar momenteel ook in ons land de uitdagingen voor ruilrechtvaardigheid bij contracten met betrekking tot fundamentele levensbehoeften zoals voedsel, energie en woongenot groter zijn dan decennia lang het geval is geweest.⁷⁸

Beste toehoorders, ik wil jullie hartelijk danken voor jullie aanwezigheid en interesse. Ik hoop dat de receptie na deze bijeenkomst voldoende tegenprestatie geeft om van een ruilrechtvaardige middag te kunnen spreken. De receptie is er trouwens ook om ongegeneerd groep-*selfies* te *posten* op de *socials* en app-groepen om zo te laten blijken dat er niets boven een *#Nijmeegsevrjimibo* gaat.

Beste collega's, met mijn beschouwingen heb ik hopelijk aannemelijk gemaakt dat ruilrechtvaardigheid en privaatrecht geen gescheiden werelden zijn. Ik ben natuurlijk niet de eerste en vast ook niet de laatste die aandacht vraagt voor dit onderwerp, maar ik hoop in elk geval u ervan te hebben doordrongen dat er werk aan de winkel is voor privaatrechtswetenschappers. Net als in 1923 en de jaren die erop volgden, vragen onze tijden om reflectie op de plaats en op de rol van privaatrecht in onze maatschappij, economie en stelsel van marktregulering. Dat vergt wetenschappelijke analyse, goed juridisch en – jawel – empirisch onderzoek, het vergt scherpe

of *Economics. The Past as the Present*, Londen: Penguin Books 1987, p. 13 e.v., p. 23 e.v.; en meer in detail bijv. R. de Roover, 'Scholastic Economics: Survival and Lasting Influence from the Sixteenth Century to Adam Smith', *Quarterly Journal of Economics* 1958, p. 161 e.v.; R. de Roover, 'The Concept of the Just Price: Theory and Economic Policy', *Journal of Economic History* 1958, p. 418 e.v.; A. Lapidus, 'Norm, virtue and information: the just price and individual behaviour in Thomas Aquinas' *Summa Theologiae*', *European Journal of the History of Economic Thought* 1994, p. 435 e.v.; D.F. Hamouda en B.B. Price, 'The justice of the just price', *European Journal of the History of Economic Thought* 1997, p. 191 e.v.; W. Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers/Brill 2013, p. 507 e.v.; S. Arnold, *Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht* (Hab. München), Tübingen: Mohr Siebeck 2014, p. 26 e.v.; F. Monsalve, 'Scholastic just price versus current market price: is it merely a matter of labelling?', *European Journal of the History of Economic Thought* 2014, p. 4 e.v.; P. Santori, *Thomas Aquinas and the Civil Economy Tradition*, Abingdon: Aldershot 2021, p. 47 e.v.

77 D. Bassens en S. De Boeck, 'Inleiding', in: D. Bassens en S. De Boeck (red.), *De essentiële economie. Motor voor een sociaal-ecologische transitie*, Brussel: ASP 2022, p. 11 e.v. gaan zover dat zij een aparte categorie van de 'essentiële economie' voorstellen (denk aan: werk, wonen en voeding), waar andere reguleringsbehoeften bestaan dan in de meer perifere economie.

78 Ik wijs slechts op de ongekende 'boom en bust'-bewegingen die zijn ontstaan door de coronacrisis en de oorlog in Oekraïne. Zie bijv. de kerncijfers in M. Bouman, 'De industrie krimpt: nasleep van corona of begin van de recessie?', *FD* 9 juni 2023 en in de OECD-rapportages *OECD Economic Outlook November 2022*, p. 179 e.v. en *A Fragile Recovery. OECD Economic Outlook Interim Report March 2023*.

theorievorming die kan verklaren, duiden, evalueren en voorzichtig richting geven. Daar wil ik me graag voor inzetten, samen met jullie hier in Nijmegen.

Van de inzet van de Nijmeegse collega's heb ik de afgelopen anderhalf jaar al veel moois mogen zien: er wordt hard gewerkt aan mooi onderwijs en onderzoek en ik ben blij dat ik er ook een bijdrage aan mag leveren. Wat betreft onderzoek: we hebben vandaag een mooi symposium gehad over prijs en privaatrecht. Bedankt sprekers, deelnemers en organisatie. Dat smaakt naar meer!

Ik dank de collega's van het OOR en STER, en natuurlijk de prachtige vaksectie burgerlijk recht voor de hartelijke ontvangst. In het bijzonder wil ik Steven Bartels danken die niet alleen lof verdient als inspirerende roerganger van de sectie maar die ik persoonlijk veel dank verschuldigd ben omdat hij op ongekend snelle wijze van drie vier wist te maken – of van vier vijf, net hoe je telt.

Familie hier en elders, fijn dat jullie er wéér bij waren.

Ik dank ten slotte het bestuur van de faculteit rechtsgeleerdheid en het college van bestuur voor het in mij gestelde vertrouwen en de hartelijke ontvangst in de Nijmeegse academie. We gaan samen aan het werk.

Ik heb gezegd.