

| III

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2016

Armoede in het burgerlijk recht

Thijs Beumers en Alex Geert Castermans¹

I. Enige vragen bij schadevergoeding naar draagkracht ex art. 6:109 BW

Dient aan de rechter een algemene bevoegdheid toegekend te worden om een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van bijzondere omstandigheden te matigen? Deze vraag – Meijers' tiende vraagpunt² – was de opmaat voor één van de vernieuwingen van het Burgerlijk Wetboek van 1992. De regering voorzag dat in het moderne, naoorlogse maatschappelijke verkeer een geringe fout grote schade zou kunnen veroorzaken. Aansprakelijkheid voor de volledige schade zou dan desastreuze gevolgen kunnen hebben voor de schuldenaar: het zou de grondslag aan zijn economische bestaan volledig kunnen ontnemen.³ Hierop werd het ontwerp van een rechterlijke matigingsbevoegdheid toegesneden:

*'Indien toekenning van volledige schadevergoeding de schuldenaar in een noodtoestand zou brengen, kan de rechter de schadevergoedingsplicht matigen, tenzij de schade door opzet of grove roekeloosheid van de schuldeiser is veroorzaakt.'*⁴

De bevoegdheid had dus met zo veel woorden een sociaal doel. Maar lopende het wetgevingsproces zag de Algemene Bijstandswet het licht, waaraan de hoop en verwachting werden ontleend dat de rechter de matigingsbevoegdheid nooit nodig zou hebben om een individuele burger voor economische ondergang te behoeden. Die zou uiteindelijk altijd de eindjes aan elkaar kunnen knopen met zijn aanspraak op sociale voorzieningen.⁵ Zo ontstond ruimte voor een algemene matigingsbevoegdheid, neergelegd in het huidige art. 6:109 lid 1 BW:

'Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechts-

¹ Prof. mr. A.G. Castermans is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en mr. drs. M.T. Beumers is PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

² Vraagpunt 10, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 404.

³ Toelichting-Meijers, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 440.

⁴ Ontwerp-Meijers, art. 6.1.9.7.

⁵ MvA II, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 451.

verhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.'

Deze bevoegdheid dient als ultimum remedium voor gevallen waarin volledige schadevergoeding tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.⁶ Daarbij staat niet langer louter de economische situatie van de debiteur centraal. De rechter moet de draagkracht van beide partijen in ogenschouw nemen.⁷

25 jaar later houden wij deze bepaling tegen het licht, maar niet dan na een onderzoek naar de ratio van de matigingsbevoegdheid. Wij grijpen daarbij terug op het werk van Henk Snijders, die kort na de inwerkingtreding van art. 6:109 BW enige vragen heeft gesteld over schadevergoeding naar draagkracht. De ratio van art. 6:109 BW achtte hij 'flinterdun', reden voor de rechter om uiterst terughoudend met de bevoegdheid om te springen.⁸

Startpunt van ons onderzoek naar de ratio is de constatering dat wereldwijd ruim 800 miljoen mensen onder de armoedegrens leven. Armoedebestrijding is wereldwijd, ook in Nederland en Europa, een belangrijk onderdeel van het sociaal-economische beleid. Dat beleid richt zich ook op privaatrechtelijke verhoudingen, zeker als de armoedegrens wordt gedefinieerd in termen van toegang tot bepaalde essentiële goederen en diensten (par. 2). De vraag is dan ook relevant wat het burgerlijk recht te bieden heeft in de bestrijding van armoede of het voorkomen van een armoedeval (par. 3).

Het antwoord zou allereerst kunnen worden gezocht in een verbod van onderscheid naar vermogen. In België is dit verbod wettelijk geregeld, onder meer in de rechtsverhouding tussen leveranciers en afnemers van goederen en diensten (par. 4). De ervaringen met dit verbod zijn schaars, maar ze leren dat de verwachtingen moeten worden getemperd. De contractsvrijheid wil ook wat. Zijn er civielrechtelijke leerstukken die wel kunnen bijdragen aan het bestrijden van armoede? Wij behandelen er enkele in de context van de rechtsverhouding tussen een financiële instelling of adviseur en haar arme cliënt (par. 5). Wij richten ons uiteindelijk op de matigingsbevoegdheid, om plaats in te ruimen voor het werk

6 MvA II, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 449 en HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2913, NJ 1999/510, r.o. 3.3.2.

7 MvA II, *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981, p. 450-451. Eerder al was verdedigd dat bij de eventuele matiging de belangen van zowel de schuldenaar als de schuldeiser moeten worden betrokken. Zie: VVII (p. 442) en Rapport aan de Koningin (p. 446), *Parl. Gesch. Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbintissenrecht* (C.J. van Zeben, J.W. du Pon, red.), Deventer: Kluwer 1981.

8 H.J. Snijders, 'Enige vragen bij schadevergoeding naar draagkracht ex art. 6:109 BW', in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht: liber amicorum voor prof. mr. M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997, p. 271-272.

van de laureaat van de bundel, Henk Snijders (par. 6). Het burgerlijk recht lijkt iets te kunnen bieden, zij het dat civilisten dat pregnanter tot uitdrukking kunnen brengen (par. 7). Het gaat er daarbij niet om welvaart beter te verdelen. Evenmin leidt toepassing van algemene leerstukken tot gegarandeerde toegang tot essentiële goederen of diensten. Wel kan een bijdrage worden geleverd aan het voorkomen van een armoedeval.

2. Armoedebestrijding

Kort na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek stelden de Verenigde Naties vast wat de organisatie en haar lidstaten te doen stond in het nieuwe millennium.⁹ Eén van de doelen was de uitbanning van extreme armoede en honger, zo lieten de staatshoofden en regeringsleiders in vergadering weten:

‘We will spare no effort to free our fellow men, women and children from the abject and dehumanizing conditions of extreme poverty, to which more than a billion of them are currently subjected. We are committed to making the right to development a reality for everyone and to freeing the entire human race from want.’¹⁰

met het concrete streven:

‘To halve, by the year 2015, the proportion of the world’s people whose income is less than one dollar a day and the proportion of people who suffer from hunger and, by the same date, to halve the proportion of people who are unable to reach or to afford safe drinking water.’¹¹

Deze zogenaamde *millennium goals* zijn inmiddels ingewisseld voor *The 2030 Agenda for Sustainable Development*. Daarin zijn nog concretere doelen aangemerkt, naar nationale maatstaven te meten:

- ‘1.1 By 2030, eradicate extreme poverty for all people everywhere, currently measured as people living on less than \$ 1.25 a day
- 1.2 By 2030, reduce at least by half the proportion of men, women and children of all ages living in poverty in all its dimensions according to national definitions
- 1.3 Implement nationally appropriate social protection systems and measures for all, including floors, and by 2030 achieve substantial coverage of the poor and the vulnerable
- 1.4 By 2030, ensure that all men and women, in particular the poor and the vulnerable, have equal rights to economic resources, as well as access to basic services, ownership and control over land and other forms of property, inher-

9 United Nations Millennium Declaration, resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, 18 september 2000, A/RES/55/2.

10 United Nations Millennium Declaration, onder 11.

11 United Nations Millennium Declaration, onder 19.

*itance, natural resources, appropriate new technology and financial services, including microfinance.*¹²

Dit streven is niet vrijblijvend, althans niet voor de Staten die partij zijn bij het Europees Sociaal Handvest van 1966, waarvan art. 30 bepaalt dat eenieder recht heeft op bescherming tegen armoede. Het Europese armoedebeleid heeft gestalte gekregen door armoede niet alleen aan de hand van de hoogte van het inkomen – de *at-risk-of-poverty rate* –, honger en toegang tot water te definiëren, maar ook in termen van toegang tot wat op ons continent als essentiële goederen en diensten worden beschouwd. Deze essentiële goederen en diensten zijn te vinden op de *index of material deprivation*. Mensen worden geacht armlastig te zijn als ze zich vier van de volgende negen basisbehoeften niet kunnen permitteren: de huur en de rekening van de nutsbedrijven, verwarming in huis, onverwachte uitgaven, om de dag vlees, vis of ander proteïnerijk voedsel, elk jaar een weekje vakantie, een auto, een wasmachine; kleurentelevisie of een telefoon.¹³

Desalniettemin leven vijftig jaar na de introductie van art. 30 ESH ongeveer 80 miljoen inwoners van de Europese Unie onder de armoedegrens, gemeten naar deze Europese maatstaven. Het doel is in 2020 twintig miljoen mensen er bovenop te helpen.¹⁴

Hoe is het in Nederland? Het aantal personen dat leefde in een huishouden met een lager besteedbaar inkomen dan het normbedrag voor basisbehoeften, zoals een woning, kleding en eten, groeide tussen 2007 en 2013 van iets meer dan 600.000 naar ruim 850.000 (in 359.000 huishoudens).¹⁵ Ook de langdurige armoede is in die periode toegenomen. In 2011 telde Nederland volgens het basisbehoeftencriterium 169.000 langdurig armen; in 2013 was dit gestegen tot 226.000 personen.¹⁶ Wie in

12 Resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, 25 september 2015, A/RES/70/1, p. 15.

13 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Het Europees platform tegen armoede en sociale uitsluiting: Een Europees kader voor sociale en territoriale samenhang*, Brussel 16 december 2010, SEC (2010) 758 definitief, p. 22. De Commissie gebruikt nog een derde indicator: het percentage van de bevolking dat deel uitmaakt van een huishouden 'with very low work intensity'.

14 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Het Europees platform tegen armoede en sociale uitsluiting: Een Europees kader voor sociale en territoriale samenhang*, Brussel 16 december 2010, SEC (2010) 758 definitief, p. 2.

15 *Armoedesignalement 2014*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau/centraal Bureau voor de Statistiek 2014, p. 58.

16 *Armoedesignalement 2014*, p. 60.

armoede valt, is er een jaar later wellicht weer uit – in 60% van de gevallen lukt dat – maar een groot deel van de uitstromers wordt in latere jaren toch weer arm.¹⁷

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verwacht op basis van recente statistische gegevens dat het plafond van de armoede is bereikt. Tegelijkertijd beklemtoont zij het belang van ‘snel ingrijpen’ om langdurige armoede te voorkomen. Het kabinet heeft structureel € 100 miljoen *extra* beschikbaar gesteld voor het voorkomen en bestrijden van armoede *en schulden*.¹⁸ Het grootste gedeelte hiervan gaat naar gemeenten die hiermee maatwerk moeten leveren voor mensen die in de financiële problemen zijn gekomen. Het kabinet wil *preventie* en ‘vroegsignalering’ van armoede- en schuldenproblematiek stimuleren.¹⁹ Nu preventie van armoede en schulden zo uitdrukkelijk centraal is gesteld, is een logische vervolgvraag of, en zo ja wat, het burgerlijk recht hieraan kan bijdragen.²⁰

3. Ongelijkheidscompensatie als doel van burgerlijk recht

Het debat over de rol van het privaatrecht wordt doorgaans gezet in de sleutel van herverdeling van welvaart. In deze zin heeft het zilveren Burgerlijk Wetboek weinig bij te dragen aan het uitbannen van armoede. Wie zich vlees noch vis kan permitteren, vangt bot bij de slager en de visboer. De contractsvrijheid en de bescherming van de eigendom brengen dat mee. Het huidige vermogensrecht past goed in wat wel wordt genoemd de ‘libertijnse’ visie op de samenleving, waarin eigendomsoverdracht recht moet doen aan ieders autonomie en moet zijn terug te voeren op de talenten, de werkkracht en het vermogen van de verkrijger.²¹ De personificatie van deze visie is de professionele basketbalspeler Wilt Chamberlain, die werd ingehuurd door een club onder de voorwaarde dat hij 25 cent zou verdienen voor elk ticket dat zijn club verkocht. Het bleek een lucratieve deal voor Chamberlain, goed voor \$ 250.000 in het eerstvolgende seizoen. De afspraak had bedenkelijke kanten. Chamberlain verdiende vele malen meer dan zijn teamge-

17 J.M. Wildeboer Schut & S. Hoff, *Een lang tekort. Langdurige armoede in Nederland*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2016, p. 6 en 7.

18 Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 4 april 2016 betreft Rijksincassovisie, reactie op de rapporten van het SCP en Save the Children.

19 *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 300 XV, nr. 2, p. 15 en 16.

20 Volgens de staatssecretaris kan de toepasselijkheid van de Wft op telefoonabonnementen die als kredietovereenkomsten kunnen worden gekwalificeerd – HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/Statia*) en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *AA* 2016/3, m.nt. W.H. van Boom (*Lindorff/Nazier*) – ‘een waardevolle bijdrage leveren aan de aanpak van de schuldenproblematiek in den brede’; *Kamerstukken II* 2014-2015, 32 545, nr. 31, p. 1.

21 Zoals is verdedigd door R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Malden: Blackwell Publishing 1974, p. 149-153. Hij ontwikkelt hier zijn *entitlement theory*, die de lezer aan het geldend Nederlands vermogensrecht zal doen denken.

noten en voor armlastige fans van de club werden de kaartjes te duur. Niks mee mis, betoogt de libertijn Nozick, want ieder handelde uit vrije wil – niet alleen Chamberlain en zijn club, maar ook zijn collega's en fans – en dat staat garant voor de juiste verdeling van de welvaart.²²

Helpt deze visie twintig miljoen Europeanen uit de armoede? Het simpele antwoord zal zijn dat zij de burger prikkelt om zichzelf te verheffen, met de talentvolle Chamberlain als rolmodel. Maar wat heeft die burger aan het centraal stellen van kwaliteit en autonomie, als hij zelf niets heeft te bieden of van aanvang af een niet te overbruggen achterstand heeft op anderen?

Nozick heeft als antagonist Dworkin, die betoogt dat alle burgers eenzelfde uitgangspositie zouden moeten hebben, dat wil zeggen dat zij 'in den beginne' aanspraak hebben op een gelijke hoeveelheid goederen en diensten, waarbij gelijkheid wordt gerelateerd aan ieders behoefte.²³ De hypothetische rechtvaardige initiële verdeling wordt bepaald door de *envy test*: zodra iedereen niet langer andermans portie begeert, is de juiste beginverdeling gevonden. Schipbreukelingen op een onbewoond eiland dienen als voorbeeld. Zij zouden een veiling moeten houden waarbij alle schatten en voorraden van het eiland worden geveild en ieder voor deze veiling evenveel betaaleenheden krijgt. Veel gevraagde goederen zullen duurder zijn, minder gewilde objecten goedkoper. Via de veiling komen ze terecht bij degene die er het meeste om geeft, voor een eerlijke prijs.²⁴

Hoe voorkomt men vervolgens dat dit systeem over de loop der tijd een oneerlijke verdeling veroorzaakt? Door geluk en pech, maar ook door verschillen in talent en ambities zal de eerlijke beginverdeling namelijk worden verstoord. Het is dan zaak te bepalen welke oorzaken van welvaartsverschillen gerechtvaardigd zijn en welke een aanleiding geven om in te grijpen in de scheefgroeiende verdeling van de welvaart en hoe die ingreep gestalte krijgt. Dworkin zoekt hiertoe zijn heil in een wereld van hypothetische verzekeringen.²⁵

Dworkin en Nozick hebben gemeen dat zij de autonomie hoog in het vaandel voeren. Nozick neemt al genoegen met het autonomiebeginsel zelf als garantie voor een juiste verdeling van de welvaart. Dworkin bekommert zich over de oorspronkelijke verdeling en de mogelijkheid dat een aanvankelijke juiste verdeling in de loop der tijd scheef groeit zonder dat daar een goede grond voor is. De oplossing zoekt hij in een contractuele context: de veiling en de verzekeringsmarkt.

Als dit zo is, dan lijkt voor het behandelen van ongelijkheidsgevallen een rol weggelegd voor het burgerlijk recht, omdat het burgerlijk recht is doortrokken van het autonomiebeginsel. Niettemin richt Dworkin zich op regelingen van publiek-

22 Nozick 1974, p. 160-164.

23 R. Dworkin, *Sovereign Virtue*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2000, p. 14-16.

24 Dworkin 2000, p. 68-71.

25 Dworkin 2000, p. 81-83 en p. 92-99.

recht, bijvoorbeeld op het terrein van sociale voorzieningen en belastingen, in plaats van op privaatrechtelijke instrumenten.²⁶ Ook Rawls betoogt dat ongelijke welvaartsverdeling moet worden aangepakt via belastingen en andere publieke instrumenten in plaats van door te interveniëren in individuele transacties tussen private partijen:

*'It [herverdeling van welvaart; AGC/MTB] applies to the announced system of public law and statutes and not to particular transactions or distributions ...'*²⁷

en

*'The objection that the difference principle [Rawls' theorie over welvaartsverdeling, AGC/MTB] enjoins continuous corrections of particular distributions and capricious interference with private transactions is based on a misunderstanding.'*²⁸

De aarzeling om burgerlijk recht te gebruiken voor een meer gelijke verdeling van welvaart vindt steun van civilisten. Van Oven betoogde dat het privaatrecht niet dient te worden gebruikt voor herverdeling van vermogen tussen rijken en armen. Het dient eerder de status quo te beschermen. Indien vermogen op een juiste manier is verworven, wordt het beschermd door het contracten- en aansprakelijkheidsrecht, ongeacht hoe de totale welvaart vervolgens is verdeeld.²⁹ Hartlief verdedigt eenzelfde opvatting, toegespitst op het contractenrecht, waarin het gaat om de bescherming van vermogen en het verwezenlijken van individuele doelen. Een streven naar ongelijkheidscompensatie zou de contractsvrijheid geweld aan doen. Daarvoor is er publiekrecht en belastingrecht.³⁰

Eerlijke verdeling van welvaart als doel van privaatrecht lijkt metterdaad een te ambitieuze en te algemene doelstelling te zijn. Zoals ook de laureaat van deze bundel reeds opmerkte, is het niet eenvoudig te rechtvaardigen dat de één – de rijke slager, de arme visboer of de modale klant – jegens de ander in een incidentele rechtsverhouding zich een opoffering moet getroosten voor de

26 R. Dworkin, 'Liberalism', in: S. Hampshire (ed), *Public and Private Morality*, Cambridge: Cambridge University Press 1978, p. 113, 131-134.

27 J. Rawls, 'The basic structure as subject', in: A.I. Goldman en J. Kim (eds), *Values and Morals*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company Inc. 1978, p. 47-71, 65.

28 Rawls 1978, p. 65.

29 A. van Oven, *Aere Perennius, over de vergankelijkheid van het recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956, p. 20-21. In dezelfde zin C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973, p. 5 en 18.

30 F.A.J. Gras, 'Privaatrecht en problematische schulden; de nieuwe gerechtigheidsgedachte in het burgerlijk vermogensrecht', *RMThemis* 1991, p. 442; T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 5-10 en T. Hartlief, 'Autonomie en Solidariteit: bewegingen in het verbintenisrecht', *WPNR* 2004/6564, p. 106-116.

kansen die de ander of zijn voorvaderen zijn onthouden of door hen zijn gemist.³¹

Toch zijn er verschillende auteurs die openstaan voor de maatschappelijke functie van het vermogensrecht.³² Er zijn bovendien specifieke privaatrechtelijke instrumenten die iets kunnen betekenen voor het bestrijden van armoede of het behoeden van burgers voor een armoedeval. Het gaat daarbij in de eerste plaats om concrete regels die in een privaatrechtelijke context worden afgedwongen, op essentiële onderdelen van het maatschappelijk bestaan. Zo kennen wij op het terrein van werken en wonen regels over het minimumloon of de maximale huurprijs.³³ Een te laag loon of te hoge huurprijs kan worden geconverteerd in een juist bedrag.³⁴ Daarbij dient het privaatrecht er niet toe om welvaart te verdelen tussen werkgevers en werknemers of huurders en verhuurders, maar om burgers toegang te bieden tot een behoorlijk inkomen³⁵ of een dak boven het hoofd.³⁶ Maar

-
- 31 Snijders 1997, p. 266. Dit probleem is ook onderkend door degenen die open staan voor een socialere rol van het burgerlijk recht. Zie: W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M. Hesselink & C.E. du Perron (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJu 2003, p. 284-285 en M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid', in: C.J.M. Klaasen & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 21.
- 32 G.E. Langemeijer & E.J.H. Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 44-49; N.J.H. Huls, *Make my day: Een rechtssociologische herwaardering van faillissementswaarden* (oratie Leiden), 11 september 1998; N.J.H. Huls, 'Sterke argumenten om zwakke contractspartijen te beschermen', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 1999, p. 395-405; J.H. Nieuwenhuis, 'Ambitieuze aansprakelijkheidsrecht', in: Van den Bergh e.a. (red.), *Aansprakelijkheid: Gronden en Grenzen*, Leiden: Grotius Academie 2001, p. 41-52; W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M. Hesselink & C.E. du Perron (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJu 2003, p. 270-272; N.J.H. Huls, 'Al het privaatrecht moet sociaal zijn!', *WPNR* 2004/6564, p. 101-106 en M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid', in: C.J.M. Klaasen & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- 33 Zie over zulke regels: A.T. Kronman, 'Contract law and Distributive Justice', *The Yale Law Journal* 1980/3, p. 472-474, 499-501 en 509-511.
- 34 Op grond van art. 19 WML zijn lonen lager dan het minimumloon nietig. Art. 7:249 BW biedt huurders van woonruimte de mogelijkheid een redelijke huurprijs te laten vaststellen door de huurcommissie, indien zij, gezien de kwaliteit van de gehuurde woning, te veel betalen.
- 35 P.F. van der Heijden & F.M. Noorman, 'De waarde(n) van het sociaal recht: Over beginselen van sociale rechtsvorming', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging*, W.E.J. Tjeenk Willink: Kluwer 2001, p. 79-85 kwalificeerden 'bestaanszekerheid' als een van basiswaarden van het arbeidsovereenkomstenrecht. Zie ook: G.J.J. Heerma Voss, *Mr C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere Overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 10 en S. Deakin, 'Contracts and Capabilities', in: A. Ogus & W.H. van Boom (red.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, p. 141-142.
- 36 Zie hierover: A.M. Kloosterman e.a., *Hoofdlijnen in het huurrecht*, Deventer: Kluwer 2014, par. 1.1. en 1.4.

zijn er ook algemene regels die uiting geven of kunnen geven aan de noodzaak om medeburgers te behoeden voor een armoedeval?

In de volgende paragrafen houden wij enkele privaatrechtelijke instrumenten tegen het licht die potentieel kunnen bijdragen aan de bescherming tegen de armoedeval. Als eerste het – Belgische – verbod van onderscheid naar vermogen, dat uitdrukkelijk is gericht op de toegang tot essentiële goederen en diensten. Vervolgens bespreken wij enkele meer algemene instrumenten van Nederlandse privaatrecht die samenkomen in de verschillende Dexia-arresten. Ten slotte komen we terug bij de rechterlijke matigingsbevoegdheid.

4. Onderscheid naar vermogen

Indien het erom gaat burgers toegang tot bepaalde goederen en diensten te verschaffen in een privaatrechtelijke context, dan is een verbod van onderscheid naar vermogen het verst strekkende instrument.

De Belgische federale wetgever heeft zich gezet aan een verbod van onderscheid naar vermogen in een privaatrechtelijke context, bij het leveren van goederen en diensten (art. 3 en 5 Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie).³⁷ De parlementaire initiatiefnemers wisten zich geïnspireerd door art. 21 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000/C 364/01) dat elke discriminatie naar vermogen verbiedt. Ook art. 14 EVRM bood houvast, nu daarin is bepaald dat bij het garanderen van het genot van de in het EVRM vermelde rechten en vrijheden geen ongeoorloofd onderscheid mag worden gemaakt en ‘vermogen’ vormt een van de discriminatiegronden. De initiatiefnemers beoogden mensen te beschermen tegen onderscheid op grond van persoonlijke eigenschappen die niet ter vrije keuze zijn. De Belgische regering diende een amendement in om de discriminatiegrond ‘vermogen’ uit het initiatiefwetsvoorstel te schrappen. De regering voerde hiervoor twee redenen aan:

‘De regering stelt verder ook voor de discriminatiegrond ‘vermogen’ te schrappen vermits haar niet duidelijk is in hoeverre deze kwalificatie verband kan houden met de eigenheid van een individu, noch aan welke maatschappelijke noodzaak dit tegemoet zou komen.’³⁸

Het verzet van de regering was tevergeefs. Gedurende het wetgevingsproces werd ‘vermogen’ ingewisseld voor ‘fortuin’, om uiteindelijk toch terug te keren in de wet

³⁷ Over de introductie van het verbod van onderscheid naar vermogen eerder A.G. Castermans, ‘Onderscheid naar vermogen’, *NTBR* 2014, p. 1-2 en A.G. Castermans, ‘De Zwarte Madonna, Cour d’Appel de Mons 16 mei 2013, concurring’, in: N.M. Blokker e.a. (red.), *Vijftig. Juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: BJu 2014, p. 79-83.

³⁸ *Kamerstukken I 2001-2002, 2-12/6 (amendement nr. 6)*, p. 3.

die in 2007 werd ingevoerd. Aldus wordt de categorische uitsluiting van armen verboden.

Zo kwam het dat de rechtbank Namen op vordering van de voorganger van het Belgische Interfederaal Gelijkekansencentrum een verhuurder op zijn vingers tikte, omdat hij in zijn advertenties als eis stelde dat een kandidaat-huurder een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had met een bepaald minimuminkomen.³⁹

Voor zover wij zien, is deze uitspraak de enige waarin verboden onderscheid naar vermogen is aangenomen. De impact van de wet lijkt beperkt. De wet verplicht niet tot contracteren met bepaalde partijen of tot het vaststellen van een bepaalde prijs. Economische ongelijkheid is en blijft een algemeen aanvaard kenmerk van een kapitalistische samenleving.⁴⁰ Het verbod beoogt niet afbreuk te doen aan de contractsvrijheid.⁴¹ De Rechtbank Luik zag daarom in haar uitspraak van 6 mei 2014 door de vingers dat verhuurders niet in zee gingen met een kandidaat-huurder om redenen van financieel onvermogen.⁴² De verhuurders zochten huurders die kapitaalkrchtig genoeg zouden zijn om de huur te betalen en namen daarbij de verhouding tussen het inkomen van de huurder en de huurprijs in overweging. Zij weigerden huurders die waren aangewezen op sociale voorzieningen of werkloosheidsuitkeringen. Dit onderscheid is volgens de rechtbank objectief gerechtvaardigd. De zoektocht naar een kredietwaardige huurder is

39 Tribunal de première instance de Namur du 5 mai 2015, te vinden op www.armoedebestrijding.be/recht_besl_civ_namur_20150505.pdf, geraadpleegd op 1 maart 2016.

40 E. Brems, 'Nieuwe discriminatiegronden in de Wet Bestrijding Discriminatie', in: M. De Vos & E. Brems (red.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 63. In huuradvertenties zijn referenties aan 'vast inkomen' of 'geen uitkeringstrekker' dan ook strijk en zet; N. Bernard, 'Les lois anti-discrimination et le secteur du logement (privé et social)', in: C. Bayart e.a. (eds): *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge: die Keure/Bruxelles: la Charte 2008, p. 803: 'On a vu ainsi fleurir des annonces locatives (publiées dans les médias grand public tels que Vlan ou Immoweb) annonçant froidement <CPAS s'abstenir> ou encore <personne avec emploi fixe> seulement'. I. Aendenboom, 'De Europese anti-discriminatie richtlijn en haar omzetting in de Belgische wetgeving. De beschermde criteria vermogen en sociale afkomst', in: *Armoede, Waardigheid en Mensenrechten* 2008, p. 94 ziet de regeling niettemin als 'een goed instrument om onderhandelingen op te starten en tot een oplossing te komen'.

41 In deze zin M. Dambre, 'De Wet Bestrijding Discriminatie en het huurrecht', in: M. de Vos & E. Brems (red.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 334-335. A. De Boeck, 'De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht, de contractsvrijheid in het nauw gedreven', in: UFSIA (red.), *Vrijheid en Gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie wet*, Antwerpen: Maklu 2003 wijst op het belang van het 'intuitu personae' karakter van overeenkomsten, p. 426.

42 Te vinden op: www.armoedebestrijding.be/recht_besl_civ_liege_20140506.pdf, geraadpleegd op 1 maart 2016.

immers een wettig doel en de poging op een objectieve manier de solvabiliteit van kandidaat-huurders in te schatten, is klaarblijkelijk noodzakelijk en passend.

Het verbod van onderscheid naar vermogen zoals het is geregeld in België garandeert dus geen rechtstreekse toegang tot essentiële goederen en diensten. Hooguit beperkt het de leverancier in zijn motivering van een afwijzing of, positief geformuleerd, prikkelt het hem de grenzen van zijn potentiële klantenkring ruimhartiger te trekken.

Bieden algemene instrumenten van Nederlandse privaatrecht meer soelaas?

5. De arme cliënt

Zorgen om de vermogenspositie van particuliere partijen liggen voor de hand in de rechtsverhouding tussen financiële instellingen en hun cliënten, zeker sinds complexe, risicovolle financiële producten binnen handbereik kwamen van arge-loze beleggers die geld leenden in de hoop en verwachting dat koersstijging en dividend de rente en aflossing zouden overtreffen. Zo gebeurde het dat De Treek – 46 jaar oud, zonder diploma, zonder stabiel arbeidsverleden, met een bijstandsuitkering van netto f 1.295,03 per maand, waarvan 10% werd ingehouden wegens schulden waarvoor beslag was gelegd – van Dexia een certificaat kocht voor € 2.127,62. Hij behoefde de koopprijs niet meteen te betalen. Hij leasete het certificaat en betaalde daarvoor € 3.317,74, uitgesmeerd over 240 maanden, en dat is dan maar € 22,69 per maand. Maar dit bedrag kwam bovenop de prijs van het certificaat. Het ging mis met de betaling van het bedrag en de bank maakte aanspraak op het volle bedrag in één keer. Weliswaar was het certificaat meer waard dan de aanschafprijs, maar toch diende De Treek in één keer € 1.431,07 te betalen. Dexia vorderde in rechte betaling. De zaak kwam voor de Hoge Raad.⁴³

De schijnwerper wordt gericht op de zorgplicht van de bank. Hoe had zij het zover kunnen laten komen? Maar ook de arme belegger kwam onder de loep. Had hij niet beter moeten uitkijken? In de procedure komen verschillende leerstukken aan bod: de zorgplicht van de bank, het *causale* verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade en de eigen schuld van de cliënt.

In het kader van de zorgplicht is er geen aandacht voor de vermogenspositie van De Treek. In de inleidende overwegingen van het Dexia-arrest leren wij Dexia kennen als de rechtsopvolger van de naamloze vennootschap Bank Labouchere N.V., die ook handelde onder de naam Legio-Lease. Een introductie van De Treek en zijn vermogenspositie – kenbaar uit het bestreden arrest van het Hof Arnhem – blijft uit. De Hoge Raad refereert niet aan wat het Hof ter zake heeft vastgesteld. Hij doet dat evenmin in de inleidende overwegingen over de zorgplicht:

⁴³ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (*De Treek/Dexia*), m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2012/184 (*GeSp/Aegon*).

‘Op Dexia rust als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten jegens De Treek als particuliere belegger met wie zij een KoersExtra-overeenkomst zal aangaan een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als KoersExtra-overeenkomst te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's’ (r.o. 4.8.4).

Als de zorgplicht wordt toegespitst op de onderzoeks- en adviesplicht van de financiële instelling in verband met het inkomen en het vermogen van de cliënt, wordt weliswaar verwezen naar de vermogenspositie van De Treek, maar slechts als object van onderzoek. Het gaat om de vraag of De Treek over voldoende bestedingsruimte beschikte om naar redelijke verwachting aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen (r.o. 4.11.4), maar de nadruk ligt bij de zorgen over het nakomen van eigen verplichtingen en niet bij het voorkomen van een armoedeval als zodanig. De waarschuwingsplicht en de onderzoeksplicht ter zake van de vermogenspositie strekt er niet toe om een armoedeval te voorkomen, maar om:

‘particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht en vloeit voort uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid de aanbieder van effectenleaseproducten als de onderhavige in de gegeven omstandigheden verplichten’ (r.o. 4.11.5).

Uit een latere, algemeen geformuleerde overweging blijkt waarom:

‘De waarschuwingsplicht met betrekking tot het restschuldrisico en de verplichting inlichtingen in te winnen omtrent inkomen en vermogen van de potentiële particuliere afnemer hebben een algemeen karakter, dat in belangrijke mate is verbonden met de risicovolle aard van het effectenlease-product dat aan een breed publiek is aangeboden, en zijn niet afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer’ (r.o. 5.2.1).⁴⁴

De zorgplicht bij het aanbieden aan een breed publiek geldt dan ook niet alleen tegenover armlastige cliënten, maar ook tegenover degene die de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst redelijkerwijze zou kunnen dragen, zij het dat een

⁴⁴ De Hoge Raad herhaalt dit uitgangspunt in HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 (Van der Heijden/Dexia), m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2013/41, r.o. 4.3-5.

kwetsbare vermogenspositie van de cliënt wel meebrengt dat de bank moet adviseren de overeenkomst niet aan te gaan (r.o. 5.2.2).

De Hoge Raad lijkt niettemin te hechten aan één van de beginselen die aan het contractenrecht ten grondslag ligt, het autonomiebeginsel. In de kern gaat het hem erom dat de besluitvorming van de cliënt niet mag worden gehinderd door lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht, deskundigheid en ervaring. Daarop is de zorgplicht gericht. Het komt erop neer dat de cliënt er uiteindelijk gefundeerd moet kunnen kiezen voor het risico van een armoedeval. De financiële instelling behoeft niet aan zo'n keuze in de weg te gaan staan:

‘De uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplicht van Dexia gaat niet zo ver dat reeds bij het verzuim te adviseren van de overeenkomst af te zien op haar de plicht zou rusten – steeds of in beginsel – te weigeren de overeenkomst met (een wederpartij als) De Treek aan te gaan. Een andersluidende opvatting zou geen recht doen aan het beginsel van de contractsvrijheid’ (r.o. 4.12.2).

De vermogenspositie van een cliënt als De Treek komt wel aan de orde als de vraag rijst of er een causaal verband bestaat tussen het schenden van de zorgplicht en het aangaan van de overeenkomst. Stel dat de bank aan zijn zorgplicht had voldaan, zou De Treek dan toch het risicovolle product hebben geleased? Volgens de regels van het bewijsrecht zou hij moeten stellen en bij voldoende gemotiveerde betwisting moeten bewijzen dat voldoende causaal verband bestaat tussen de schade die hij stelt te hebben geleden en de schending van de zorgplicht. De Hoge Raad komt de armlastige cliënt tegemoet door uit te gaan van het bestaan van causaal verband:

‘Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest zo aanzienlijk, dat – behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel – ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten’ (r.o. 5.5.2).

Om vervolgens de schade van die armlastige cliënt niet alleen te begroten op de zogenaamde restschuld, maar in beginsel ook op een deel van de al betaalde rente en aflossing (r.o. 5.6.3).

De precare vermogenspositie van bijstandsgerechtigde De Treek speelde dus uiteindelijk wél een rol, op verschillende wijzen, zij het pas bij de gevolgen van de schending van de zorgplicht door Dexia. Wij vragen ons af of het onderscheid onvermijdelijk is. Wij zouden menen van niet.

Ten eerste zal het financiële instellingen niet onverschillig laten of ze te maken hebben met iemand met of zonder brede financiële schouders, nu de gevolgen van schending van de zorgplicht ervan afhankelijk zijn. Ten tweede zal het in de gedigitaliseerde contacten toch niet érg ingewikkeld of belastend zijn met de vermogenspositie rekening te houden, althans als we te maken hebben met een cliënt die armlastig is omdat hij voor zijn inkomen is aangewezen op de bijstand en niet omdat zijn vermogenspositie is verscholen achter *panama papers*.

Ten derde – en dat is belangrijker – bleek na het arrest *De Treek/Dexia* dat de civiele rechter de nodige ruimte heeft te onderzoeken welke omstandigheden van belang zijn voor de reikwijdte van de zorgplicht in concreto, zonder zich te laten leiden door de specifieke kwalificatie van de overeenkomst. Zo wordt in een uitspraak de aard van de rechtsverhouding uitdrukkelijk in het midden gelaten:

‘Niet staat tussen partijen vast wat de inhoud van het contact was, behalve dat de bank X. informatie verstrekte over de mogelijkheden van dienstverlening bij zijn beleggingen. Evenmin staat vast wat zich verder tussen partijen afspeelde totdat X. op 14 juni 2000 een briefje aan Van Huffelen stuurde. Hij signaleerde daarin dat het contact ‘plotseling stilgevallen’ was en vroeg naar de reden daarvan’ (r.o. 3.1 onder iv).⁴⁵

In cassatie wordt duidelijk dat de Hoge Raad niettemin de vermogenspositie van de cliënt relevant acht bij de invulling van de zorgplicht, want hij licht ons daarover uitdrukkelijk in:

‘Naast het vermogen uit de verkoop van de winkel beschikte X. uitsluitend over een bescheiden lijfrente en een bescheiden WAO-uitkering. In 2000 bedroeg de totale hoogte daarvan ongeveer € 2.270 netto per maand. X. had zijn vermogen bestemd voor aanvulling van zijn inkomen, oudedagsvoorziening, ondersteuning van zijn zoon voor een eigen zaak en een nieuwe woning’ (r.o. 3.1. onder ii).

Vervolgens spreekt hij de zegen uit over het door het hof gehanteerde uitgangspunt:

‘Bij de behandeling van het middel [...] kan vooropgesteld worden dat het – terecht – geen klachten bevat tegen het hiervoor in 3.3.3 en 3.3.5 genoemde oordeel van het hof dat in dit geval op de bank een bijzondere zorgplicht jegens X. rustte als particuliere belegger [...] en dat onderdeel van die zorgplicht vormde dat de bank vooraf naar behoren onderzoek moest doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van X. (zoals ook wordt voorgeschreven in het door X. ingeroepen ... art. 28 lid 1 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999) en dat zij hem diende te waarschuwen voor de bijzondere risico’s die aan de handel in opties en futures zijn verbonden, en voor het feit dat de voorgenomen beleggingsstrategie niet paste bij zijn

⁴⁵ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95.

financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid' (r.o. 3.4).⁴⁶

Zo lijkt duidelijk dat de vermogenspositie van de cliënt wel degelijk relevant kan zijn voor de reikwijdte van de zorgplicht, zelfs ongeacht de kwalificatie van de overeenkomst. Toch is het belang van die kwalificatie niet van tafel. In een later arrest maakt de Hoge Raad wel onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin de cliënt van een financiële dienstverlener vraagt om een op zijn specifieke situatie toegesneden advies over de wijziging van hypothecaire leningsvoorwaarden in combinatie met effectenlease-producten, en anderzijds het geval van *De Treek* waarin een standaardproduct breed wordt aangeboden zonder concreet cliëntcontact. In de eerste situatie mag een hogere graad van dienstverlening worden verwacht dan in het geval van *De Treek*. Als er een adviesrelatie is, neemt de Hoge Raad bij de presentatie van de feiten de inkomenspositie van de cliënt wél mee (r.o. 3.1.ii) en overweegt hij:

'In een zodanige situatie rust op de dienstverlener een bijzondere zorgplicht, die onder meer behelst dat zij naar behoren onderzoek doet naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en dat zij hem dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepaste beleggingsvorm zijn verbonden, alsook voor het feit dat een door hem beoogde of toegepaste constructie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Deze plicht strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid' (r.o. 3.4.2).

De waarschuwingsplicht ziet dan dus – anders dan in *De Treek/Dexia* – ook op de individuele vermogenspositie van de cliënt. En omdat deze cliënt met het advies in de hand

*'minder snel bedacht hoeft te zijn op en zich minder snel eigener beweging behoeft te verdiepen in niet vermelde risico's dan degene die zich wendt tot een aanbieder van een effectenlease-product als bedoeld in het arrest *De Treek/Dexia*'*

tikt de vermogenspositie ook door in de causaliteitsafweging in het kader van eigen schuld op de voet van art. 6:101 BW (r.o. 3.4.2).

Vanuit het perspectief van de vraag of het burgerlijk recht iets kan betekenen voor het bestrijden van armoede of het voorkomen van een armoedeval, hebben wij te maken met een gemiste kans. De armere cliënt zal het in de regel moeten hebben van die breed uitgezette standaardproducten. Er zal voor déze cliënt niet snel een

⁴⁶ De Hoge Raad verwijst naar HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660; HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103 en HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251. Vgl. bijv. Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5418, NJF 2016/97, r.o. 3.3.

aanleiding zijn advies te vragen over de specifieke situatie. Een op de vermogenspositie toegesneden zorgplicht lijkt pas te ontstaan als de cliënt ook werkelijk wat te vragen en – dus – als de cliënt wat te makken heeft of had. Zo werkt het, zoals Anatole France schreef, ‘devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain’.⁴⁷

Het burgerlijk recht kan wat betekenen in de strijd tegen armoede, maar dat vraagt een perspectiefwisseling, onder meer ten aanzien van financiële dienstverlening en standaardproducten. De rechtsontwikkeling zou niet alleen moeten zijn gericht op de bescherming van de procedurele autonomie – tegen lichtzinnigheid en ondeskundigheid bij de rechtshandeling – maar ook op de bescherming tegen een dreigende armoedeval.

6. De matigingsbevoegdheid

Dat brengt ons terug bij art. 6:109 BW. Wanneer het toekennen van volledige schadevergoeding tot onaanvaardbare gevolgen leidt, kan de rechter overgaan tot matiging. Er moet daarbij rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de draagkracht van zowel de schuldenaar als de schuldeiser. Zoals bleek, dient deze bepaling niet om, ten koste van zijn schuldeiser, de vermogenspositie van armlastige slachtoffers te beschermen. De wetgever stond voor ogen dat met beider draagkracht rekening zou worden gehouden. Wordt deze afweging in de praktijk ook gemaakt?

Een schoolvoorbeeld is de zaak van Van den Boom die als onderaannemer was belast met het toezicht op de werkzaamheden op de A12. Hij had nagelaten de waarschuwingsborden aan te zetten, als gevolg waarvan een vrachtwagenchauffeur op één van de werkauto's botste en overleed. De verzekeraar van de vrachtwagenchauffeur, Nationale Nederlanden, vergoedde de schade van de nabestaanden en zocht vervolgens verhaal op Van den Boom. Het Hof overwoog dat onderaannemers als Van den Boom in de regel niet verzekerd zijn voor de schade zoals in dit geval was geleden. Verder overwoog het Hof dat, wanneer de schade werd betaald door Nationale Nederlanden, de kosten zouden worden gedragen door het collectief van verzekerden. Wanneer de kosten echter bij Van den Boom zouden worden neergelegd, zou zijn gehele opgebouwde spaartegoed en dat van zijn vrouw verloren gaan. Daarom matigde het Hof de schadevergoedingsplicht van ruim € 35.000 naar € 20.000.⁴⁸

⁴⁷ A. France, *Le Lys rouge*, Parijs: Calmann-Lévy 1925, p. 117-118.

⁴⁸ Hof 's-Gravenhage 7 juni 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:BA1320, VR 2007/40. Het hof nam op de koop toe dat niet was uitgesloten dat Van den Boom regres had op andere aansprakelijke partijen.

In andere gevallen gaan lagere rechters bepaald slordig om met de opdracht rekening te houden met de draagkracht van *beide* partijen. Een arts verkrachtte een zwangere patiënte. De aanspraak op schadevergoeding van het slachtoffer werd gematigd vanwege de slechte financiële situatie waarin de arts verkeerde. De rechtbank overwoog dat:⁴⁹

'[...] het gezinsinkomen in de jaren na augustus 1987 zeer bescheiden is geweest en dat hij er nog steeds niet in geslaagd is een vaste werkkring te vinden. Gedaagde heeft verklaard dat het voor hem erg moeilijk is om in Nederland werk te vinden zolang nog geen einde is gekomen aan de strafzaak en de tuchtzaak en dat ook het vinden van werk in het buitenland niet gemakkelijk is. Dit alles komt niet onaannemelijk voor en daarmee dient dan ook rekening te worden gehouden'.

De rechtbank schonk geen enkele aandacht aan de vermogenspositie van de verkrachte patiënte. Daarmee is het vonnis geen unicum. Er zijn meer uitspraken waarin de draagkracht van alleen de dader een rol speelt in de motivering van de matiging.⁵⁰ Een slachtoffer van huiselijk geweld moest genoeg nemen met een gematigde schadevergoeding vanwege het financiële onvermogen van haar ex-man, zonder dat haar financiële positie in het oordeel werd betrokken.⁵¹ Een mishandeld meisje overkwam hetzelfde. Zij was net als de dader woonachtig in een AZC. De dader kon het schadebedrag niet volledig voldoen, aangezien hij bij gebreke van een verblijfsstatus geen inkomsten kon verwerven. De rechter wijdt geen woord aan de vraag hoe warm het slachtoffer er zelf bij zat; klaarblijkelijk deed dat er niet toe.⁵²

Het beroep op matiging wegens de geringe draagkracht van de dader is ook in veel gevallen afgewezen. In deze geschillen wees de rechter het beroep eerst en vooral af vanwege de ernst van het begane feit. Opnieuw werd de vermogenspositie van de slachtoffers niet uitdrukkelijk in de overweging betrokken.⁵³ Ook

49 Rb. Amsterdam 16 mei 1990, ECLI:NL:RBAMS:1990:AL773, VR 1991/69, r.o. 4.

50 Rb. Haarlem 4 mei 1993, *Nemesis* 1993/348, r.o. 5.10; Rb. Almelo 12 januari 1994, *Nemesis* 1995/530, r.o. 8; Rb. Middelburg 1 maart 1995, *Nemesis* 1995/532, r.o. 4.4; Hof Amsterdam 13 april 1995, *Nemesis* 1996/576, r.o. 4.16 en Rb. 's-Hertogenbosch 4 april 1997, *Nemesis* 1998/1019, r.o. 2.8.

51 Hof Amsterdam 9 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6571, r.o. 4.8. Vergelijkbaar: Rb. 's-Gravenhage 1 april 1998, *Prg.* 1998, p. 425; Rb. Zutphen 16 augustus 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ0583, r.o. 3.6 en Rb. Haarlem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM8554, r.o. 4.

52 Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP9617, r.o. 4.12.

53 Seksueel misbruik: Rb. Utrecht 5 februari 1992, ECLI:NL:RBUTR:1992:AB9047, VR 1992/134, r.o. 4.9 en Hof Arnhem 18 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:Al1976, *NJ* 2003/500, r.o. 4.15. Mishandeling: Hof 's-Gravenhage 12 februari 1997, ECLI:NL:GHSGR:1997:AL8877, VR 1998/68, r.o. 14.2 en Rb. Zwolle 18 maart 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:Al9722, *Prg.* 1998/4991, r.o. 3.5. Een heel ander geval betrof Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:657, r.o. 4.55.

is met enige regelmaat overwogen dat het enkele financiële onvermogen van een schuldenaar onvoldoende gewicht in de schaal legt om schadevergoeding te matigen, maar ook in deze gevallen werd niet stilgestaan bij de vermogenspositie van de schuldeiser.⁵⁴

In andere zaken is wel degelijk óók de draagkracht van de schuldeiser in het oordeel van de rechter betrokken.⁵⁵ Rechtbank Haarlem leek zich bijvoorbeeld goed bewust van het belang van de draagkracht van de schuldeiser, een gesubrogeerde verzekeraar, bij de beoordeling van een matigingsverzoek voor de schadevergoeding die een jongeman was verschuldigd vanwege opzettelijke brandstichting.⁵⁶

‘De wederzijdse draagkracht en de verhouding van [gedaagde] tot de gesubrogeerde brandverzekeraars geven wel aanleiding tot matiging. [gedaagde] heeft onweersproken gesteld dat hij als gevolg van de detentie zijn opleiding niet heeft afgemaakt en dat hij, nadat hij vrijkwam onmiddellijk aan de slag is gegaan als betonvlechter en dat hij ongeveer EUR 200,- per week netto verdient.’

Ook de Rechtbank Amsterdam matigde een schadevergoeding uit wanprestatie – de prestatie tot het schuren en lakken van een houten vloer was gebrekkig nagekomen – van ruim € 6.000 tot nihil. De rechtbank nam in haar beoordeling niet alleen mee dat de schuldenaar arbeidsongeschikt was en slechts geringe inkomsten uit een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontving, maar ook dat de schuldeiser een professionele partij was die zich bovendien tegen de schade had kunnen verzekeren.⁵⁷

De verkenning van de toepassing van art. 6:109 BW laat dus een wisselend beeld zien. In bepaalde gevallen wordt duidelijk een afweging gemaakt tussen de draagkracht van de schuldenaar en de schuldeiser, zoals de wetgever het uiteindelijk voor ogen stond. In andere gevallen is uitsluitend het financieel onvermogen

54 M.b.t. mishandelingen: Rb. Amsterdam 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ7581, VR 2010/89, r.o. 2.12 en Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2269, r.o. 15.15.2. In andere gevallen: Rb. Utrecht 9 januari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC1295, *S&S* 2009/124, r.o. 4.45 en Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4448, r.o. 4.22.

55 Rb. Arnhem 20 februari 1997, *Nemesis* 1997/755; Rb. Amsterdam 25 november 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL5243, r.o. 4.19-4.21 en Hof Amsterdam 23 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9488, r.o. 3.21. Ook in Rb. Arnhem 6 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9358, r.o. 4.22 wordt de draagkracht van het slachtoffer expliciet meegewogen: ‘Aannemelijk is dat ook [eiser] niet over grote draagkracht beschikt, terwijl de schade van [eiser] het gevolg is van een ernstige mishandeling door [gedaagde]. Het beroep op matiging wordt dus verworpen.’

56 Rb. Haarlem 26 september 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BD5747, r.o. 4.19. Dit vonnis wordt in appel vernietigd, omdat de rechter onvoldoende rekening had gehouden met het feit dat er sprake was van opzet.

57 Rb. Amsterdam 7 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7527, r.o. 17. Een vergelijkbare overweging: Rb. Leeuwarden 26 november 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AR7136, *S&S* 2004/112, r.o. 7.

van de schuldenaar, veelal een veroordeelde van een gewelds- of zedendelict, doorslaggevend om tot matiging over te gaan. Deze afwijkende toepassing neigt veel meer naar de oorspronkelijke gedachte van het ontwerp-Meijers: aansprakelijkheid moet de schuldenaar niet zijn bestaansmogelijkheden volledig ontnemen. Ook de verschillende malen aangenomen uitzondering voor het geval de schade door opzet of grove roekeloosheid van de schuldeiser is veroorzaakt – past in de opzet van het ontwerp-Meijers.

Het gaat bij de afwijkende toepassing niet om ongelijkheidscompensatie, maar om bescherming tegen armoede ten koste van schuldeisers. Vanuit het perspectief van armoedebestrijding is deze toepassing van art. 6:109 BW verdedigbaar. Sinds de invoering van de Algemene Bijstandswet is de sociaaleconomische situatie in Nederland veranderd. De verwachting dat de rechter nooit zou toekomen aan het gebruik van de matigingsbevoegdheid, omdat het niet langer zo kon zijn dat aansprakelijkheid de grondslag aan iemands economische bestaan volledig zou kunnen ontnemen, is gewoonweg niet uitgekomen.

De eventuele preciaire vermogenspositie van het slachtoffer blijft buiten beeld. Door matiging van de vordering mist het slachtoffer de ruimere financiële verlichting op termijn, als de dader in betere doen zou raken. Indien evenwel geen uitzicht bestaat op betere tijden voor de dader, doet matiging *feitelijk* geen afbreuk aan de positie van het slachtoffer, hoe wrang dit ook klinkt.

7. Afronding

Maar waar hebben we dan nog het insolventierecht voor? Hét systeem om crediteurs het hunne te geven en te voorkomen dat de debiteur door het ijs zakt zonder dit voor rekening te brengen van een willekeurige crediteur, is gelegen in het insolventierecht. Dat gaat er enerzijds van uit dat het gehele vermogen van een debiteur tot verhaal dient.⁵⁸ Anderzijds moet een deel van het inkomen en vermogen worden gevrijwaard van beslag en executie, om het leven van alle dag niet onmogelijk te maken.⁵⁹ Deze

⁵⁸ Art. 3:276 BW en art. 20 Fw. Volgens W. Snijders 2003, m.n. p. 279-281, wordt binnen het huidige insolventierecht al rekening gehouden met sociale doelstellingen en het algemeen belang. Zo wijst hij (p. 282-284) op het voorrecht van de fiscus bij faillissement. Dit voorrecht is ingegeven door het idee dat eerst belastingschulden voldaan behoren te worden, omdat daarmee het algemeen belang, bijv. de financiering van de gezondheidszorg en het onderwijs, is gediend. Kritisch: J.H. Nieuwenhuis, *Het vierspan*, Zutphen: Paris 2013, p. 105 e.v.

⁵⁹ Art. 447 e.v.; 475a e.v. Rv, art. 21 en 295 Fw. Zie: MvT, Algemene regeling van beslag op loon, sociale uitkeringen en andere periodieke betalingen, *Kamerstukken II* 1986-1987, 17 897, nr. 5, p. 4: 'Hij kan slechts zekere grenzen stellen aan de gevolgen van beslag opdat een schuldenaar tijdens het beslag in zijn eerste levensbehoeften kan blijven voorzien.' Zie hierover: J.J.H. Rutten e.a., 'De grenzen van het verhaalsrecht', in: M. Cazemier e.a. (red.), *Herziening van het beslagverbod roerende zaken: een achterhaalde regeling bij de tijd gebracht*, Den Haag: KBvG 2012,

bescherming valt alle debiteuren ten deel, wat hun kansen op herstel van de vermogenspositie ook zijn.⁶⁰

In de praktijk komt het echter niet altijd van die bescherming.⁶¹ Bovendien is de lijst van zaken die niet voor beslag vatbaar zijn, nogal gedateerd.⁶² Voedsel voor een maand wordt beschermd, maar de koelkast waarin het voedsel is opgeborgen, mag worden meegenomen. De laptop en mobiele telefoon – essentieel in het huidige dagelijkse leven – moeten eveneens worden ingeleverd.⁶³ De emeritus Huls heeft tot op zijn Leidse afscheidscollege op 15 april 2016 gewerkt aan het verbeteren van de afwikkeling van schulden. Hij heeft dat gedaan niet vanuit een soort zedelijk besef van barmhartigheid, maar wel met verwijzing naar studies die aantonen dat crediteuren en debiteur beter af zijn met een billijke aanpak van het schuldenprobleem van de debiteur.

In het besef dat het vermogensrecht van vandaag ook doortrokken is van de bescherming van publieke belangen en dat daaronder wat ons betreft ook de bestrijding van armoede en het voorkomen van een armoedeval kunnen worden verstaan, is er heel wat voor te zeggen al in individuele rechtsverhoudingen rekening te houden met armoede van de schuldenaar, zoals nu al wordt rekening gehouden met zijn lichtzinnigheid en ondeskundigheid.

De vraag is hoe. Het antwoord daarop vergt dat algemene leerstukken van vermogensrecht uitdrukkelijk vanuit het perspectief van de wenselijkheid van armoedebestrijding worden bestudeerd. Dan blijkt dat de eventueel povere vermogenspositie van de debiteur al een rol speelt. In de rechtsverhouding tussen bank en cliënt zou het perspectief wat ons betreft pregnanter tot uitdrukking kunnen komen, ook al bij het formuleren van de zorgplicht ten behoeve van afnemers van aan een breed publiek aangeboden standaardproducten. Bij matiging houdt dat een terugkeer in naar de uitgangspunten van Meijers, wat de door Henk Snijders als flinterdun geduide basis voor matiging zou verstevigen.

p. 172-173 en A. Stehouwer e.a., *Met voeten getreden: schendingen van de beslagvrije voet door gerechtsdeurwaarders*, Rapport van de Nationale Ombudsman 2 november 2013, nr. 2013/150 (geraadpleegd op 20 april 2016 via: www.nationaleombudsman.nl/).

60 MvT, Algemene regeling van beslag op loon, sociale uitkeringen en andere periodieke betalingen, *Kamerstukken II* 1986-1987, 17 897, nr. 5, p. 4: 'De mogelijkheden voor de laagste inkomensgroepen om te reserveren of om schulden af te lossen zijn nu eenmaal beperkter dan voor personen met hogere inkomens of voor gezinnen met verscheidene inkomensbronnen. Dat wordt na dit voorstel niet anders.' en: 'Wie weinig inkomsten boven de beslagvrije voet heeft, zal langer over de afbetaling doen. Dat kan de beslagregeling niet verhelpen [...].'

61 Stehouwer e.a. 2013.

62 Conclusie van A-G Biegman-Hartogh onder HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo283, NJ 1991/631, sub 3.4 en conclusie A-G Timmerman bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5806, RvdW 2007/642.

63 Rutten e.a. 2012, p. 171-172.