

Adam Smith:

De rol van de onpartijdige toeschouwer in de markt

Marktwerking leidt tot praktijken die het vertrouwen van de burger in de rechtsstaat en het bedrijfsleven kunnen ondermijnen en vergroot de spagaat tussen het ambt en het ondernemerschap van de notaris.¹ Marktwerking wordt niet alleen begrensd door publiek belang en normen, maar vooral ook door moraal, zo leert Adam Smith ons.

In november 2009 organiseerde de Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap het congres *Marktwerking in het notariaat – droom of nachtmerrie?* Eén van de inleiders was Barbara Baarsma, bijzonder hoogleraar Marktwerking- en mededingingseconomie aan de Universiteit van Amsterdam. Volgens Baarsma is er maar één grens aan marktwerking en dat is het publiek belang. Toen ik tijdens het debat erop wees dat volgens Adam Smith ook (morele) normen in acht dienen te worden genomen, antwoordde Baarsma dat Adam Smith veel had geschreven, maar niets over moraliteit en normen van marktspelers.² En dat meent niet alleen zij. De meeste mainstream economen denken vooral in termen van efficiency, rationaliteit en mathematische modellen.

De economen Milton Friedman en Alan Greenspan en de Amerikaans/Russische filosoof en schrijfster Ayn Rand zijn representatief voor de gangbare moderne economische wetenschap, waarbij iedere moraal is uitgebannen. Economie is geen normatieve maar een positivistische wetenschap. Ieder mens moet de vrijheid hebben om zijn hebzucht en eigen belangen na te streven. Als het economische proces op de markt mis loopt, corrigeert de onzichtbare hand dat automatisch. Het mag merkwaardig worden genoemd dat rationele positivisten geloven in dat mythische onzichtbare instrument. Als auctor intellectualis van het huidige marktdenken wordt algemeen de 'verlichte' Schot Adam Smith (1723-1790) beschouwd. Voor veel



The Author of the Wealth of Nations

Adam Smith (1723-1790)

1. B.C.M. Waaijer: *Verleiden om te verlijden: Het onmogelijke tweespan van notarieel ambtenaar en vrij ondernemer*. WPNR 12 oktober 2013 nummer 6990. Waaijer bespreekt hier ook het boeiende boek van Michael Sandel: *Niet alles is te koop*, de morele grenzen van marktwerking. Uitgeverij Ten Have, 2012.
2. Uitgave *Ars Notarius* 143:

Marktwerking in het notariaat; droom of nachtmerrie, georganiseerd door de Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, samenvatting van de discussie door mr. Maike Vredevoegd, blz. 87. Terzijde zij opgemerkt dat H.C.F. Schoordijk tijdens het congres naast mij zat en mij tijdens het betoog van Baarsma toefluisterde: 'de markt' werkt nooit, je hebt altijd marktimperfections'.



economen is Smith's *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* uit 1779 dé 'Bijbel van de Economie'. Hij stelde dat in het spel tussen producenten en consumenten de markt zichzelf reguleert en maakte daarbij gebruik van de metafoor van de 'onzichtbare hand' die ervoor zorgt dat er altijd een optimale uitkomst is. (Zie ook mijn bijdrage in *Ponder* 29). Maar als hoogleraar moraalfilosofie had Smith al twintig jaar eerder zijn eerste belangrijke werk *The Theory of Moral Sentiments* geschreven. En hier ziet de lezer dat bij Adam Smith, waarover later meer, de gedachte duidelijk aanwezig is dat ethiek en economie nauw verbonden zijn en elkaar beïnvloeden. En Smith staat zeker niet alleen: een korte rondgang langs het gedachtegoed vanaf de Klassieke Oudheid (Stoïcisme) tot en met de 18e eeuw (Immanuel Kant) leert dat een moralistische benadering van economie bestaat.

Juist in de loop van de 20e eeuw is deze benadering aan de kant gezet, maar moderne economen worden zich steeds meer bewust van de beperkingen van rationaliteit en mathematische modellen. Zij zien in dat pure marktwerking kan leiden tot maatschappelijk ongewenste praktijken. Het gevolg is dat de markt in toenemende mate wordt gereguleerd, maar dat ook die regels niet afdoende zijn om de negatieve gevolgen van marktwerking tegen te gaan.

Marktregulering

De deregulering van markten wordt door de crisis deels teruggedraaid met nieuwe wetten en regels. Los daarvan bestonden er al lange tijd regels en normen om de negatieve gevolgen van marktwerking tegen te gaan. In het civiele recht zien we dat marktspelers een redelijke afweging moeten maken tussen eigen belang en het belang van de ander. 'Egoïsme à deux' noemt J.H. Nieuwenhuis dat zo fraai.³ Het kompas voor de beoordeling van het gedrag van de marktspeler was en is nog steeds het arrest Baris/Riezenkamp waarin de Hoge Raad heeft bepaald 'dat partijen (...) hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'.⁴

Eerder had de Hoge Raad al geoordeeld dat het 'listiglijk ontnemen' van bedrijfsgeheimen een onrechtmatige daad is.⁵ De gedragsnormen die de Hoge Raad in dit Cohen/Lindenbaum-arrest heeft geformuleerd, staan sinds 1992 in artikel 6:162 BW. Enkele jaren geleden is in boek 6 een nieuwe

afdeling opgenomen over oneerlijke handelspraktijken, ter uitvoering van de gelijknamige EU-richtlijn.

Naast privaatrechtelijke wetgeving is er een uitdijend universum van regels in het economisch publiekrecht. Hieronder vallen onder andere het sociaal-economisch recht en economisch orderingsrecht, alsook regelingen met be-



Het graf van Adam Smith op het Canongate Kirkyard, Edinburgh

3. O.a. in : Hans Nieuwenhuis *Kant & Co, literatuur als Spiegel van het recht* 2011, blz. 10.

4. HR 15 november 1957, NJ 67 (LEHR)

5. HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161

In dit verband is zeer lezenswaardig van Hans Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde*, Boom Juridische uitgevers 2006, het hoofdstuk Zeven zuilen van ongeschreven recht, blz. 141 e.v..

6. Zie gemeld artikel van Waaijler.



trekking tot marktmeesters als de Autoriteit Consument & Markt, de Autoriteit Financiële Markten en andere toezicht-houders. Sleutelwoord hier is compliance, waarmee de naleving van alle toepasselijke regels wordt bedoeld.

Het notariaat

De naleving van de beroepsregels voor het notariaat wordt getoetst door de notariële tuchtrechter, die zich helaas steeds vaker moet buigen over notarissen die zich te veel ondernemer hebben betoond en te weinig ambtsbekleder. In het WPNR wijst B.C.M. Waaijer op de steeds groter wordende spagaat tussen ondernemer en ambtenaar. Als een potentiële cliënt informeert naar de prijzen is de verleiding groot om mee te gaan in 'het loven en bieden' door meermaals een extra korting te geven. 'Volgens een econoom stelt die notaris zich dan als ondernemer misschien rationeel en dienstverlenend op. Maar hij verliest ook een deel van zijn onafhankelijkheid en distantie als ambtenaar.' De notaris is al 'buigzaam' tegenover 'degene waarvan hij wil dat die zijn declaratie betaalt' voordat 'hij wellicht werkelijk sturend en corrigerend zou moeten optreden'.⁶

In deze, in de praktijk veel voorkomende situatie, verliest de notaris inderdaad een deel van de onafhankelijkheid en distantie die hij als ambtenaar aan de dag behoort te leggen. De cliënt denkt 'wie betaalt bepaalt!' en heeft geen boodschap aan de andere belangen die de notaris moet nastreven. Als de notaris zijn dienst weigert, schendt hij het vertrouwen van de cliënt. Maar als de notaris wel meewerkt, terwijl hij dat op grond van zijn morele geweten niet had mogen doen, schendt hij een publiek belang en veroorzaakt de notaris een maatschappelijke vertrouwensbreuk.

Een spraakmakend voorbeeld levert de notaris in de geruchtmakende Vastgoedfraude. Volgens de tuchtrechter heeft deze notaris zich 'volstrekt kritiekloos' opgesteld toen hij circa 19 miljoen euro op zijn derden rekening liet storten, zonder vragen te stellen. Omdat de notaris de eigenschappen mist die het notarisambt van hem vraagt en het vertrouwen in het notariaat moet worden hersteld, heeft de tuchtrechter de notaris uit het ambt ontzet.⁷ De notaris is in appèl gegaan. De strafrechter heeft de notaris inmiddels veroordeeld wegens witwassen.

Er zijn nooit genoeg regels om te voorkomen dat een notaris zwicht voor de verleidingen van de markt. Het is ook moeilijk om voor alle situaties regels en normen te formuleren en vooraf te bepalen wat wel en niet kan. Hier komt het dus aan op de persoonlijkheid van de notaris, zijn 'notariële opvoeding' en professionele geweten, zijn 'notariële attitude'.

Bernard Mandeville (1670-1733)⁸

"Die vreemde belachelijke ondeugd werd juist het wiel dat de handel deed draaien."

Alvorens naar het gedachtegoed van Adam Smith te gaan, wordt kort het werk van een bijzondere Nederlander, Bernard Mandeville, besproken. Deze arts/filosof emigreerde naar Engeland, waar hij naast medische publicaties ook veel filosofisch/politieke geschriften het licht deed zien. Beroomd is zijn *Fable of the bees, or private vices, public benefits*. Deze pakkende en veelzeggende ondertitel: *particuliere ondeugden, publieke weldaden* geeft zijn filosofie goed weer. In dit allegorisch gedicht maakt Mandeville duidelijk dat morele ondeugd van het individu het economisch welzijn van de gemeenschap kan voortbrengen.

Als alleen maar deugdzame bijen de bijenkorf bevolken betekent dat het einde van de bijenkorf. De link met de huidige tijd is snel gelegd; de aanleiding echter tegengesteld: in de visie van Mandeville is deugdzzaamheid oorzaak van crises, terwijl thans de ondeugden, hebzucht, vals spel en corruptie (mede) juist daarvan oorzaak zijn. Mandeville had zich voorgenomen de mensen niet te leren wat ze zouden moeten zijn, maar ze te vertellen wat ze werkelijk zijn. Zijn nuchtere, illusieloze analyse, zonder morele waarden, is provocerend, maar stemt tot nadenken. Voor Adam Smith daarentegen zijn morele waarden wél belangrijk.



Bernard Mandeville (1670-1733)

Onpartijdige toeschouwer

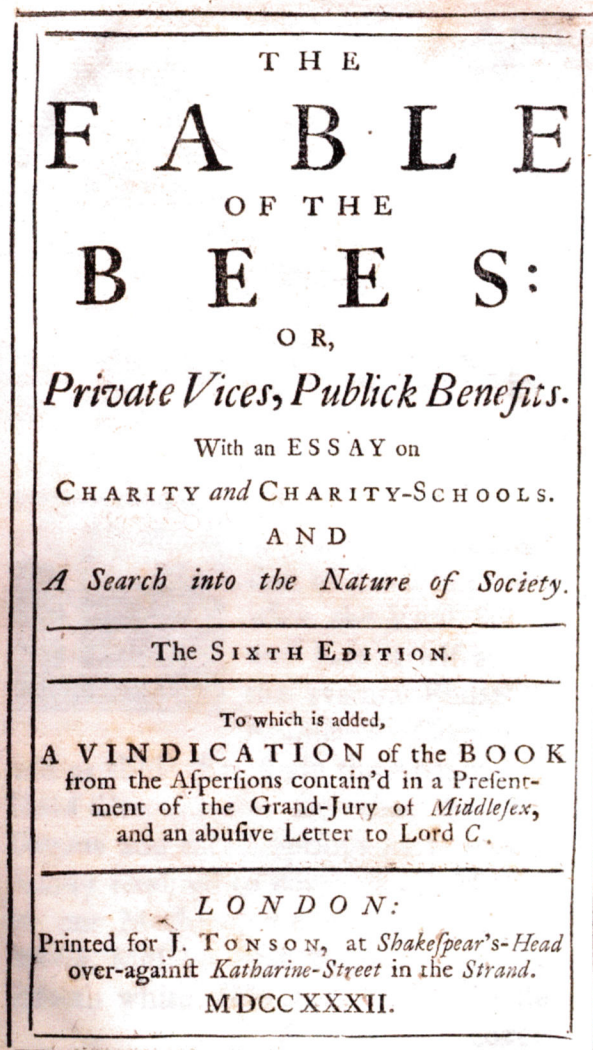
Economen schenken zoals gezegd vooral aandacht aan het tweede werk van Adam Smith, *the Wealth of Nations*⁹, terwijl ze zijn eerste werk *The Theory of Moral Sentiments*¹⁰ lijken te negeren. In dit werk, dat twintig jaar voor het uitkomen van zijn *Wealth of Nations*, werd gepubliceerd, is de centrale gedachte gedrag, zaken en situaties moreel te waarderen. Die gedachte is geworteld in wat Smith noemt 'fellowfeeling', het besef dat men zich inleeft in de ander en rekening met elkaar moet houden; tegenwoordig noemen we dat empathie. Het heeft iets paradoxaals: enerzijds in zijn *Wealth of Nations* een pleidooi voor egoïstisch eigenbelang en in zijn *Moral Sentiments* beargumenteren dat men ook rekening moet houden met belangen van anderen. Maar in feite bepaalt hij in zijn eerste werk, dat de grens van het eigen belang eindigt waar het gerechtvaardigde belang van de ander begint. Smith voert hier een interessante figuur ten tonele: 'de onpartijdige toeschouwer' die als het ware meekijkt over de schouder van de mens. Mensen kunnen zich soms minder goed verplaatsen in de ander die bij een bepaalde gebeurtenis betrokken is. Men verplaatst zich daarentegen gemakkelijker in de rol van toeschouwer. Smith noemt die figuur: 'the man without', de onpartijdige toeschouwer, die fungeert als maatstaf voor wat ethisch en als gepast wordt beschouwd. In de laatste druk van *Moral Sentiments* concludeert Smith

7. Kamer van Toezicht Haarlem 19 maart 2013; YC.0943.

8. Bernard Mandeville, de aan de Universiteit in Leiden opgeleide arts en filosoof, verhuisde naar Engeland en praktiseerde als psychiater, maar publiceerde ook heftige discussie opwerpende geschriften over filosofie en economie. Bekend zijn: *Fabel van de Bijen* en *De Wereld gaat aan deugd ten onder*. De strofe is afkomstig uit: Mandeville Bernard *The Fable of the*

Bees, or Private Vices, Public Benefits Oxford Clarendon Press 1970; blz 68 strofe 13. Zie ook interessante artikel van Alexander Rinnooy Kan en Niels Achterberg over Adam Smith en Bernard Mandeville: *Een fabel over hebzucht* (2009). Een andere kant wordt belicht door Bert Tieben van Stichting Economisch onderzoek (SEO) en medewerker van Barbara Baarsma, in zijn artikel: *Liever een beunhaas dan een angsthaas*, die stelt dat beunhaze-





Titelblad van de *The Fable of the bees*

dat die 'onpartijdige toeschouwer', de metafoor is van het subjectieve geweten, het hoogste gerechtshof bij het beoordelen van ieders handelen. De mens heeft het vermogen om buiten zichzelf te treden en daarbij het eigenbelang in evenwicht te brengen met de belangen van de ander. Daarbij valt de parallel op met de formulering van de

Hoge Raad in het arrest Baris/Riezenkamp: '(...) hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'. De boodschap van Adam Smith is helder. Samen met 'de onzichtbare hand' is het 'de onpartijdige toeschouwer' die de markt in het gareel moet houden.

Tenslotte

Dat van marktwerking corrumperende werking uitgaat begint men zich langzamerhand wel te realiseren.¹¹ De 'ondeugden' lijken de markten in hun greep te krijgen. Vandaar ook de toenemende tendens om met strakkere regelgeving vals spel en corruptie op de markt in te tomen. De gedach-

te van de economische wetenschap en economen dat de 'onzichtbare hand' alléén de markt uiteindelijk wel zou corrigeren, is onjuist gebleken. Het notariële bouwwerk is door het afschaffen van de toetredingsbeperkingen en tarieven al zo ver afgebroken dat de spagaat tussen ondernemerschap en ambt groter is geworden. De economische

crisis heeft die spagaat nog eens verwijd. Er zijn helaas signalen dat notarissen, gelijk de overige marktspelers, daardoor hun morele geweten minder sterk laten spreken. Daarom is volgens Adam Smith naast de 'onzichtbare hand' ook de rol van 'de onpartijdige toeschouwer' onontbeerlijk om de markt in toom te houden.

Of moeten we ons misschien de vraag stellen of het 'markt-moralisme' van Smith, niet te idealistisch is en de 'ondeugdenleer' van Mandeville tot 'deugdelijke' welvaart leidt én wellicht realistischer is?

Niek van Wijk

rij werkgelegenheid schept, maar vooral welvaart bevordert, *Me Judice*, 19 september 2012. De knollen die in Wall Street voor citroenen zijn verkocht, hebben, dunkt mij, toch niet echt bijgedragen aan mondiale werkgelegenheid en welvaart?

9. Adam Smith *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Oxford Clarendon Press, 1984.

10. Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Indianapolis Liberty Funds, 1982.

11. Een ontluisterend inzicht in de (im)moraliteit van economen van Ivy League universiteiten, bankiers, politici en toezichthouders geeft de Oscar winnende docu-film *Inside Job* van Charles Ferguson, 2010.

