

Ex libris

De rechtseconomische benadering van het contractenrecht. Opmerkingen naar aanleiding van en bespreking van G. de Geest (Ed.), *Contract Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011

Mr. dr. W.C.T. Weterings*

111

1. Inleiding

Het hier te bespreken boek *Contract Law and Economics* maakt onderdeel uit van de in de rechtseconomische wereld bekende *Encyclopedia of Law and Economics*. Deze serie, die voor het eerst in 2000 verscheen en waarvan in 2011 de tweede editie uitkwam, vormt ook werkelijk een encyclopedie op het terrein van de rechtseconomie. Met betrekking tot (zeer) veel juridische vraagstukken worden de rechtseconomische ideeën weergegeven.

In het deel over contractenrecht wordt met betrekking tot een twintigtal contractenrechtelijke onderwerpen – waaronder het opstellen van contracten, de uitleg van contracten en remedies bij niet-nakoming – een overzicht gegeven van de rechtseconomische literatuur. Er wordt ingegaan op de huidige inzichten en op de (historische) ontwikkeling van de rechtseconomische gedach-

ten. Daarbij komen de basisvragen en basisdiscussies aan bod. Elk hoofdstuk wordt afgesloten met een literatuurlijst.

Contract Law and Economics vormt daarmee, zoals een encyclopedie betaamt, een ‘inleiding’ in de rechtseconomische benadering van het contractenrecht, van waaruit men zich eventueel verder kan verdiepen in een bepaald contractenrechtelijk onderwerp. Gezien de uitgebreide en diepgaande benadering van de onderwerpen, is de term ‘inleiding’ eigenlijk nauwelijks op zijn plaats, maar wel kan men snel en met betrekking tot veel onderwerpen op het terrein van het contractenrecht kennisnemen van de rechtseconomische inzichten. Daar komt, zo vermoed ik, de lezer zonder enige rechtseconomische kennis dan echter niet altijd even gemakkelijk doorheen.

Het boekdeel over contractenrecht is onder redactie van Gerrit De Geest tot stand gekomen. De Geest heeft ruimschoots zijn sporen verdiend op het gebied van de rechtseconomie in het algemeen en de rechtseconomische benadering van het contractenrecht in het bijzonder. Hij is in 1993 gepromoveerd op een (zeer lezenswaardig) proefschrift getiteld *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*.¹ Daarnaast heeft

* Mr. dr. W.C.T. Weterings is advocaat bij Dirkzwager Advocaten & Notarissen N.V., sectie Aansprakelijkheid, Schade en Verzekering, Universitair Docent aan de Universiteit van Tilburg, vakgroep Business Law en gastprofessor aan de Universiteit Antwerpen, vakgroep Burgerlijk Recht.

1. G. de Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*. Een onderzoek naar de wetenschappelijke waarde van de rechtseconomie, Antwerpen: Maklu 1994.

hij veel boeken en artikelen met een rechtseconomisch perspectief gepubliceerd. De *Encyclopedia of Law and Economics* is ook een initiatief van De Geest en Boudevijn Bouckaert, een andere (Belgische) coryfee op het terrein van rechtseconomie. Gerrit De Geest is thans hoogleraar Recht aan de Washington University Law School. Hij is ook hoogleraar Rechtseconomie aan de Universiteit van Gent en aan de Universiteit van Utrecht geweest. Kortom, een op dit terrein zeer deskundige en ervaren redacteur, die ook een mooi – internationaal en interdisciplinair – team van auteurs heeft verzameld.

Hierna geef ik in paragraaf 2 eerst de basisgedachten weer van de rechtseconomie en de rechtseconomische benadering van het overeenkomstenrecht. Als de lezer bekend is met het rechtseconomische kader, is het eenvoudiger om door het boek heen te lopen en om contractenrechtelijke onderwerpen rechtseconomisch te plaatsen en te bespreken. Vervolgens ga ik in paragraaf 3 nader in op het boek. *Contract Law and Economics* bestaat uit twintig hoofdstukken, waarin veel contractenrechtelijke thema's aan bod komen. Een uitvoerige behandeling van het omvangrijke boek gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Ik beperk mij daarom tot enkele hoofdstukken, die mijns inziens het meest aansprekend zijn en/of voor de Nederlandse contractspraktijk het meest relevant zijn. De selectie bestaat uit: precontractuele aansprakelijkheid en precontractuele informatieverplichtingen (§ 3.2), misverstanden en wilsgebreken bij het sluiten van een overeenkomst (§ 3.3), standaardcontracten en algemene voorwaarden (§ 3.4), interpretatie en aanvulling van contractvoorwaarden (§ 3.5), remedies bij niet-nakoming (§ 3.6), en garanties (§ 3.7). De rechtseconomische behandeling van deze onderwerpen door de verschillende auteurs wordt weergegeven en besproken. Daarbij tracht ik ook steeds de gedachten door te trekken naar het Nederlandse contractenrecht. In paragraaf 4 wordt afgesloten met enige conclusies over de inhoud, context en relevantie van het boek.

2. De rechtseconomische benadering van overeenkomstenrecht

2.1 Rechtseconomie

In de rechtseconomie, ook wel de economische analyse van het recht genoemd, worden economische concepten toegepast op juridische vraagstukken, zoals het contractenrecht. Rechtseconomen bekijken daarbij niet of rechtsregels rechtvaardig zijn, zoals traditionele juristen, maar of rechtsregels efficiënt zijn.² Efficiëntie heeft

2. Zie hierover W.C.T. Weterings, De economische analyse van het recht, in: W.C.T. Weterings (red.), De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007, p. 1 e.v.

betrekking op de totale kosten en baten van een situatie. Aan de hand van de efficiëntie maatstaf wordt vastgesteld of een bepaalde rechtsregel stand kan houden of aangepast/vervangen dient te worden. Dat laatste is het geval als meer mensen er met de nieuwe/aangepaste regel meer in hun individuele welvaart op vooruit zouden gaan dan andere mensen er in individuele welvaart op achteruit zouden gaan.³ De totale baten zijn dan bij een verandering hoger dan de totale kosten (= efficiënter) en de welvaart van de maatschappij (totaal van de individuele welvaart) kan met de nieuwe/aangepaste rechtsregel worden verhoogd. Het streven is daarbij maximale efficiëntie; in de optimale situatie is het niet mogelijk om met een andere rechtsregel tot een (nog) gunstiger saldo van kosten en baten voor alle partijen gezamenlijk te komen.⁴

2.2 Rechtseconomie en overeenkomstenrecht: verhoging welvaart contractspartijen

De basisgedachte bij de rechtseconomische benadering van contracten(recht) is dat partijen hun gezamenlijke welvaart kunnen verhogen met een overeenkomst die juridisch afdwingbaar is.⁵ Mensen sluiten een overeenkomst omdat zij verwachten dat zij erop vooruitgaan.⁶ De verkoper krijgt in principe een koopprijs die voor hem meer waarde heeft, meer welvaart geeft, dan (behoud van) het goed. De verkoper ontvangt een goed dat voor hem meer waard is dan het geldbedrag. Beide contractspartijen gaan er in individuele welvaart op vooruit (wederzijds voordelige ruil) en een overeenkomst zorgt daarom in beginsel voor een efficiënte situatie.⁷ Als tevens derden geen negatieve gevolgen van de overeenkomst ondervinden, is de maatschappelijke welvaart gediend met de overeenkomst. Hetzelfde geldt wanneer de overeenkomst ziet op de verlening van een dienst.

Het overeenkomstenrecht is nodig om de investering van contractspartijen in een wederzijds voordelig project veilig te stellen en het daarmee mogelijk te maken om een (maximaal) efficiënte overeenkomst aan te gaan. Door de juridische afdwingbaarheid van contractuele verplichtingen krijgt een partij prikkels om zich aan de contractuele afspraken te houden. De andere partij heeft de zekerheid dat een belofte wordt nagekomen, dan wel schaaft eventuele niet-nakoming haar belangen niet omdat dan schadevergoeding moet worden betaald.⁸ Dit is zeker relevant wanneer contractspartijen niet tegelijkertijd hun prestaties verrichten, zoals bij het kopen van een boek in een winkel, maar een partij op een in de toe-

3. Zie uitgebreid hierover L. Kaplow & S. Shavell, *Fairness versus welfare*, Cambridge: Harvard University Press 2002. Welvaart of welzijn is alles waar een individu waarde aan hecht.

4. Weterings 2007, p. 8.

5. R.H.J. van Bijnen, *Contractenrecht*, in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007, p. 48-51.

6. R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2005, p. 94 en De Geest 1994, p. 51.

7. J.J.M. Theeuwes & P.W. van Wijck, *Overeenkomsten*, in: B.C.J. van Veldhoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 118.

8. Theeuwes & Van Wijck 2007, p. 119-121.

komst gelegen moment dient te presteren, bijvoorbeeld de levering van een via internet gekocht boek.⁹ Het overeenkomstenrecht bewerkstelligt dat allerlei welvaartsverhogende transacties tot stand komen die anders, vanwege het risico van niet-nakoming zonder gevolgen door de andere partij, niet zouden worden gesloten.

2.3 Aanvullend overeenkomstenrecht: beperking transactiekosten

In de overeenkomst omschrijven partijen hun prestaties en de belangrijkste zaken die invloed kunnen hebben op (de waarde van) hun prestaties. De contractsbepalingen beschrijven bijvoorbeeld de goederen die geleverd moeten worden, de datum van levering, de prijs, en/of welke partij het risico draagt van het vervoer van het goed. In de ideale wereld zouden partijen een volledige overeenkomst sluiten, waarin voor elke mogelijke (toekomstige) omstandigheid de meest optimale voorziening is getroffen.¹⁰ Transactiekosten, waaronder onderhandelingskosten en kosten van het opstellen van de overeenkomst, maken de complete overeenkomst echter onmogelijk.¹¹ Het gevolg is dat geen contractuele samenwerking tot stand komt en dus de mogelijkheid voor een welvaartsverhogende transactie verloren gaat, of dat partijen incomplete overeenkomsten sluiten waarbij de *gezamenlijke* winst niet maximaal is. Dit geldt temeer omdat zich vaak superieure onderhandelingsmacht, een asymmetrische verdeling van informatie (informatie waarover slechts een van de partijen beschikt) of irrationeel gedrag voordoet.¹² Deze factoren hebben ook invloed op de inhoud van een overeenkomst en een negatief effect op de *gezamenlijke* welvaart (geen optimale overeenkomst).

Het overeenkomstenrecht komt contractspartijen echter te hulp en brengt mee dat zij niet alles hoeven vast te leggen.¹³ Bepalingen van aanvullend/regelend overeenkomstenrecht vormen de achtergrond van de overeenkomst en worden als het ware in de overeenkomst tussen partijen ingelesen als zij zelf niets (anders) met betrekking tot een bepaald onderwerp hebben afgesproken. Daarmee kunnen partijen zich transactiekosten besparen en zich beperken tot het regelen van de belangrijkste onderwerpen.¹⁴ Rechtseconomisch gezien dient het overeenkomstenrecht partijen zo dicht mogelijk bij de volledige (lees: optimale) overeenkomst te brengen. Dat betekent dat het overeenkomstenrecht – zo veel als mogelijk – regels moet bevatten die partijen zelf overeen-

zouden zijn gekomen als zij zelf de tijd, moeite en kosten zouden hebben geïnvesteerd om een onderwerp te regelen, én die de gezamenlijke winst van partijen maximaliseren.¹⁵

2.4 Dwingend overeenkomstenrecht: beperking invloed informatieasymmetrie, machtsmisbruik, irrationaliteit en negatieve gevolgen voor derden/maatschappij

Het dwingende overeenkomstenrecht brengt mee dat partijen geen zaken contractueel afspreken onder invloed van informatieasymmetrie. Dergelijke overeenkomsten zouden niet leiden tot een verhoging van de wederzijdse welvaart, maar louter/met name tot een toename van de individuele welvaart van een der contractspartijen.¹⁶ Een informatieasymmetrie is bijvoorbeeld aan de orde bij misbruik van voorwetenschap over aanstaande aandelentransacties en een beperkt verzekeringsadvies door een assurantietussenpersoon.

Ook bevat het dwingende overeenkomstenrecht regels ter bescherming van zwakkere partijen tegen de machtspositie van een sterkere contractspartij. Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) staat vol met dergelijke regels, die bijvoorbeeld de ongelijke machtsbalans tussen een verhuurder en een huurder meer recht trekken. Dit zorgt ervoor dat er eerder een wederzijds voordelige overeenkomst tot stand komt en niet een overeenkomst waarbij met name de welvaart van de sterke partij toeneemt.

Verder biedt het overeenkomstenrecht contractspartijen bescherming tegen irrationaliteit.¹⁷ Als partijen geen vrije keuze hebben, bijvoorbeeld bij contractsdwang of bedreiging, dan komt eveneens geen wederzijds voordelige overeenkomst tot stand. Voorts wordt met het dwingende overeenkomstenrecht voorkomen dat overeenkomsten tot stand worden gebracht die wederzijds voordelig voor contractspartijen zijn, maar een negatief gevolg hebben voor derden en/of de maatschappij en daarom de maatschappelijke welvaart negatief beïnvloeden.¹⁸ Daarbij kan men denken aan een overeenkomst tussen bedrijven die bedoeld is om de onderlinge concurrentie te beperken (kartelvorming) of aan een overeenkomst die leidt tot zware milieuvervuiling.

2.5 Streven naar de optimale overeenkomst

Een goed werkend overeenkomstenrecht zorgt voor een toename van de welvaart omdat het een samenwerking tot stand brengt die anders onmogelijk zou zijn. Dit komt doordat contractuele afspraken in rechte afdwingbaar zijn, maar ook omdat het overeenkomstenrecht – idealiter – transactiekosten verlaagt en andere drempels (marktfalen) voor wederzijds voordelige overeenkomsten, zoals informatieasymmetrie, irrationaliteit en machtsposities, wegneemt.¹⁹ Binnen de economische analyse van het contractenrecht is dan de centrale vraag

9. De Geest 1994, p. 98 e.v.

10. Zie hierover Van Bijnen 2007, p. 53-54 en 62 e.v., en Van Bijnen 2005, p. 87-93. Voorts S. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, Belknap 2004, p. 292-293.

11. G.M. Cohen, *Interpretation and implied terms in contract law*, in: G. de Geest (Ed.), *Contract Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011, p. 128-129.

12. O. Couwenberg, *Imcomplete contracten: een rechtseconomische benadering* (oratie), 2003, p. 4. Zie ook Van Bijnen 2007, p. 54-58.

13. H.O. Kerkmeester & R.J. Van den Bergh, *Externe effecten*, in: W. Kanning & H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en recht*, Groningen: Stenfert Kroese 2004, p. 163.

14. Zie Cohen 2011, p. 132. Zie ook Theeuwes & Van Wijck 2007, p. 122-123.

15. Van Bijnen 2005, p. 250 en 269.

16. Van Bijnen 2007, p. 59-60.

17. Van Bijnen 2007, p. 60-61 en Van Bijnen 2005, p. 129.

18. Theeuwes & Van Wijck 2007, p. 128.

19. Zie nader Van Bijnen 2005, p. 117-138.

wélke regels van overeenkomstenrecht de belangen en welvaart van partijen en de maatschappij nu het beste dienen en leiden tot de optimale (maximaal efficiënte) overeenkomst.

3. *Contract Law and Economics*; het boek

3.1 Inleiding

Een bespreking van die centrale vraag ziet men in het onderhavige boek terug met betrekking tot verschillende contractenrechtelijke thema's. *Contract Law and Economics* bestaat uit twintig hoofdstukken. Zeven hoofdstukken zijn updates van de versies in de eerste editie (2000). Dertien hoofdstukken zijn nieuw. Het boek bestaat uit vier delen. Het eerste deel omvat hoofdstukken over het opstellen en de interpretatie van overeenkomsten. Er wordt een overzicht gegeven van de rechtseconomische literatuur met betrekking tot precontractuele aansprakelijkheid, wilsgebreken (dwang, dwaling en bedrog), de natuurlijke verbintenis (de rechtens niet-afdwingbare verbintenis) en eenzijdige overeenkomsten, de standaardovereenkomst, en interpretatie en uitleg van overeenkomsten. Deel twee ziet op de remedies bij contractsbreuk. Er wordt ingegaan op nakoming en schadevergoeding als optimale sancties, voorzienbaarheid, boetebepalingen en garanties. In deel drie komt de rechtseconomische literatuur met betrekking tot langetermijnovereenkomsten aan bod, waarbij het onderwerp *relational contracts* alsook de familierechtelijke overeenkomst en de franchiseovereenkomst de revue passeren. In deel vier komen enige perspectieven op het contractenrecht naar voren, zoals de *behaviourial law and economics*, de overeenkomst in de civil law-landen, en quasi-overeenkomsten (bij ons: zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking). De hoofdstukken zijn ieder de moeite van het lezen waard. In verband met de omvang van het boek beperk ik mij hierna echter, zoals eerder aangekondigd, tot de bespreking van zes hoofdstukken.

Wat overigens opvalt bij lezing van het boek, is dat ongelijke/asymmetrische verdeling van informatie over contractspartijen een belangrijke, zo niet de belangrijkste, bron van mogelijke problemen en inefficiënties bij contracten is. Steeds komt dit weer in het boek terug bij de behandeling van verschillende contractenrechtelijke onderwerpen in de verschillende hoofdstukken. Daarmee lijkt de belangrijkste rechtseconomische opdracht van het overeenkomstenrecht (en de belangrijkste boodschap van het boek) te zijn dat de invloed van private informatie bij een van de partijen of beide partijen in de precontractuele, contractuele en postcontractuele fase zo veel mogelijk dient te worden voorkomen. Dan wordt het beste 'gegarandeerd' dat de gezamenlijke winst maximaal is en dat beide partijen daarop ook kunnen vertrouwen.

3.2 Precontractuele aansprakelijkheid en precontractuele informatieverplichtingen

Hoofdstuk 1, van de hand van Elenora Melato, gaat over precontractuele aansprakelijkheid en precontractuele informatieverplichtingen. In de precontractuele fase benaderen partijen elkaar met het oog op het sluiten van een overeenkomst en aan de hand van de informatie die zij in deze fase vergaren en uitwisselen, wegen zij de kosten van de voorgenomen overeenkomst af tegen de baten. Als die weging van voor- en nadelen positief uitvalt, wordt de (naar inschatting) wederzijds voordelige overeenkomst gesloten. Bij een negatieve uitkomst worden de precontractuele onderhandelingen afgebroken. Melato wijst erop dat ook binnen de rechtseconomie contractsvrijheid als het uitgangspunt in de precontractuele fase wordt gezien. Indien blijkt dat het beoogde contract onvoldoende voordelen biedt, kan een partij in beginsel de precontractuele onderhandelingen vrijelijk afbreken. Dat uitgangspunt is belangrijk, aangezien immers vanuit rechtseconomisch perspectief een overeenkomst welvaartsvermeerderend voor beide partijen dient te zijn.

Een partij dient echter niet altijd onderhandelingen te kunnen afbreken zonder juridische consequenties. Dat heeft te maken met het feit dat partijen geregeld veel tijd besteden en kosten maken in de precontractuele fase. Die investeringen verhogen de waarde van een afgeronde transactie, maar hebben geen/minder waarde als er geen overeenkomst tot stand komt. Daarbij is het op een zeker moment in het proces niet irrationeel dat partijen (gezien hun investeringen) beginnen te vertrouwen op de totstandkoming van een overeenkomst. Dit geldt zeker bij relatiespecifieke investeringen. Een voorbeeld is een bouwtekening die een aannemer in de precontractuele fase heeft gemaakt of laten maken in de hoop de volledige opdracht binnen te halen, of het opstellen van een gedetailleerd rapport door de verkoper, gekoppeld aan de specifieke situatie van de koper. Er moet een grens zijn aan transactiekosten die nutteloos worden geïnvesteerd in de precontractuele fase. Dit geldt temeer omdat dergelijke kosten bij mislukte contractsonderhandelingen mogelijk (deels) worden doorberekend aan partijen waarmee wel een overeenkomst wordt gesloten.

Ook in een precontractuele setting dient volgens de rechtseconomie het recht welvaartsvermeerderende transacties te bevorderen. Als nimmer precontractuele aansprakelijkheid zou worden aangenomen, zouden partijen niet snel geneigd zijn om (sterk) te investeren in de precontractuele fase en zouden minder wederzijds voordelige overeenkomsten tot stand komen.²⁰ Als andersom te snel aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen wordt aangenomen (bijvoorbeeld risicoaansprakelijkheid), dan zouden er door de ene partij te veel investeringen worden gedaan in de precontractuele fase (zoals potentiële kopers/opdrachtnemers) en de andere partij (potentiële kopers/opdrachtgevers) zou te voorzichtig worden bij het aangaan van onderhandeling-

20. Zie nader L.A. Bebchuk & O. Ben-Shahar, Precontractual reliance, *The Journal of Legal Studies* 2001, p. 423-457.

en en dus uiteindelijk ook overeenkomsten. Er is derhalve een aansprakelijkheidsregel nodig, maar de vraag is welke aansprakelijkheidsregel de beste prikkels geeft tot optimale investeringen in de precontractuele fase.

Een precontractuele investering is efficiënt zolang de potentiële baten (gebaseerd op de kans dat een overeenkomst wordt gesloten) van de investering voor beide partijen hoger zijn dan de potentiële verliezen (gewogen naar de kans dat de contractsonderhandelingen niet succesvol zijn). Het aansprakelijkheidsrecht dient (alleen) partijen te beschermen die een efficiënte investering hebben gedaan in gerechtvaardigde anticipatie op de totstandkoming van de overeenkomst. Gezien het laatste, zal het vaak gaan om situaties waarin een partij op het verkeerde been is gezet met betrekking tot de slagingskansen en de voordelen van een overeenkomst door de andere partij ('misleiding'), waarbij het redelijk is dat de investerende partij daarop voortbouwt.²¹ Daarbij dient een investering volgens de meeste rechtseconomen verder te gaan dan de gewoonlijke onderhandelings- en onderzoekskosten.²² Het moet een *transaction specific investment* betreffen.²³

Bij een dergelijke aansprakelijkheidsregel is het voor de andere partij (de potentiële breker) ook aantrekkelijker om in *zo'n situatie* tot overeenstemming trachten te komen. Zij moet anders de kosten vergoeden en/of schadevergoeding betalen. De prikkel tot dooronderhandelen die uit deze aansprakelijkheidsregel voortvloeit, zal volgens Melato in veel gevallen niet in strijd zijn met de belangen van de potentiële breker, aangezien het oorspronkelijke startpunt een wederzijds voordelige overeenkomst was en een efficiënte investering in beginsel ook zijn welvaart vergroot. Anderzijds kan de potentiële breker de investering en/of het vertrouwen van de andere partij in de totstandkoming van een overeenkomst vaak ook eenvoudig voorkomen – en daarmee dus ook aansprakelijkheid – door zijn (private) informatie over de waarschijnlijkheid en de voordelen van een contract eerlijk mee te delen. Zo'n prikkel tot informatiedelen is ook relevant om het gevaar van opportunistisch gedrag te voorkomen en transactiekosten te verminderen.

De benadering van de Nederlandse rechter sluit grotendeels aan bij dit, naar mijn idee, aansprekende rechtseconomische perspectief. De Nederlandse rechter hanteert de maatstaf van het rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst.²⁴ Daarbij wordt rekening gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Het is echter wel de vraag of de Nederlandse rechter niet met name kijkt naar het vertrouwen en wel altijd vol-

doende acht slaat op de mate van efficiëntie van gedane investeringen in de precontractuele fase. Alleen in het geval dat een investering en een overeenkomst de gezamenlijke welvaart zouden hebben vergroot, dienen gevolgen te worden verbonden aan het gerechtvaardigd vertrouwen.²⁵ De veel bekritiseerde uitspraak van de Rechtbank Den Haag (3 juni 2009, JOR 2009, 245) lijkt rechtseconomisch juist een uitstekende beslissing. De rechtbank oordeelt dat er gerechtvaardigd 'totstandkomingsvertrouwen' is, maar dat desondanks de afbrekende partij niet aansprakelijk is omdat de door de wederpartij gegenereerde omzet achterbleef bij de verwachtingen aan het begin van de onderhandelingen. Anderzijds wordt het gerechtvaardigde vertrouwen door de Nederlandse rechter – rechtseconomisch bezien – te zwaar aangezet. De Hoge Raad heeft in HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO) aangegeven dat er sprake is van een 'streng en tot terughoudendheid nopende' maatstaf, waar in de rechtseconomie op dit punt mijns inziens sprake is van een wat minder voorzichtige beoordeling. Er wordt in de rechtseconomische literatuur in deze context ook vaak gesproken van *reliance* in plaats van het veel verder gaande *trust*. Het gaat erom dat het redelijk was dat werd voortgebouwd op de 'misleiding' door de afbrekende partij met betrekking tot de slagingskansen en/of de voordelen van de overeenkomst. Dat is het geval als men geen informatie bezat over de 'misleiding' door de ander. Overigens dient bij ten onrechte afbreken van onderhandelingen volgens de rechtseconomie ook het positief contractsbelang te worden vergoed (hierna meer daarover). Slechts dan houdt de potentiële breker volledige rekening met de kosten en schade die hij bij de ander weglegt. Nederlandse rechters willen daar echter niet snel aan.²⁶

Melato wijst in dit verband op het artikel van Schwartz en Scott.²⁷ Hieruit volgt dat in de contractspraktijk geregeld voorkomende 'voorovereenkomsten' met afspraken met betrekking tot de onderhandelingen, zoals een *letter of intent*, rechtseconomisch gezien wenselijk zijn. Precontractuele aansprakelijkheidsregels worden namelijk gezien als een alternatief voor voorovereenkomsten. Daarin spreken partijen zelf af (en geven daarmee hun voorkeuren aan over) welke partij welke kosten draagt in welke situaties. De Nederlandse rechter hecht echter geregeld niet al te veel waarde aan dergelijke precontractuele overeenkomsten. Een recent arrest van de Hoge Raad (27 mei 2011, LJN BP8707), waarbij sprake was van een onderhandelingsovereenkomst tussen een Vereniging van Eigenaren (VvE) en een aannemer en vervolgens de onderhandelingen werden afgebroken door de VvE, sluit echter wel bij de rechtseconomische redenering aan. In casu was er echter geen gerechtvaar-

21. De Geest 1994, p. 140 e.v.

22. De Geest 1994, p. 134.

23. G.R. Shell, *Opportunism and trust in the negotiation of commercial contracts: towards a new cause of action*, *Vanderbilt Law Review* 1991, p. 221-282.

24. HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO) en HR 29 februari 2008, RvdW 2008, 284 (VSH/Shell).

25. Zie in dit verband ook J.M. Barendrecht, *Contractuele gebondenheid en het beginsel van belangenmaximalisatie*, in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 15 e.v.

26. Zie Hof Den Haag 7 februari 2012, LJN BV2877. Voorts P-G Hartkamp onder HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO).

27. A. Schwartz & R.E. Scott, *Precontractual liability and preliminary agreements*, *Harvard Law Review* 2007, p. 661-707.

digd vertrouwen op grond van (de inhoud van) de onderhandelingsovereenkomst. Hetzelfde geldt voor Hof Arnhem 22 februari 2011, LJN BP5345, waarin werd aangenomen dat het, gezien de afspraken in de *letter of intent*, de potentieel overnemende partij vrijstond om – zonder verschuldigdheid van schadevergoeding – naar aanleiding van de uitkomsten van het due diligence-onderzoek de overnameonderhandelingen af te breken.²⁸

De tweede pijler in het hoofdstuk van Melato is precontractuele informatievergaring en -uitwisseling. Het is van belang dat de precontractuele fase zo efficiënt mogelijk verloopt en dat de transactiekosten zo laag mogelijk zijn. Daarom dient de informatieasymmetrie met betrekking tot de waarde en de waarschijnlijkheid van een transactie zo veel mogelijk te worden weggenomen. Gebrekkige informatie kan immers meebrengen dat een wederzijds voordelige overeenkomst niet tot stand komt.²⁹ Bijvoorbeeld: een tweedehands product wordt voor de juiste prijs aangeboden, maar de potentiële koper heeft onvoldoende informatie over de kwaliteit. Hij twijfelt over de betrouwbaarheid en besluit het product niet te kopen, terwijl hij de overeenkomst wel zou zijn aangegaan als hij volledig geïnformeerd zou zijn geweest. Een informatiegebrek kan ook tot gevolg hebben dat een overeenkomst tot stand komt die niet optimaal is, bijvoorbeeld de overname van een bedrijf tegen een veel te hoog bedrag. Bij volledige informatie was de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden gesloten. Partijen dienen daarom door het recht geprikkeld te worden om zich zodanig op te stellen bij de precontractuele informatie-uitwisseling dat (wel) een optimale overeenkomst wordt bereikt of dat zij zo snel mogelijk achterhalen dat een overeenkomst niet voordelig is voor één of beide partijen.

Informatiekosten dienen te worden gedragen door de partij die de minste inspanningen hoeft te leveren om de informatie te vergaren (*cheapest information gatherer*).³⁰ Men zal echter niet altijd uit zichzelf informatie willen vergaren en/of delen met de wederpartij en in verband daarmee kosten willen maken. Door het opleggen van mededelingsverplichtingen in de precontractuele fase en het aannemen van aansprakelijkheid indien die verplichtingen niet worden nagekomen, worden partijen geprikkeld om de aanwezige informatieklouf te verminderen. Zo weegt bij een *vendor due diligence* (onderzoek en rapport op verzoek en kosten van de verkoper) de verkoper van een onderneming vaak het risico mee dat – bij achterwege laten van het onderzoek – schadevergoeding moet worden betaald indien een schending van precontractuele informatieverplichtingen wordt aangenomen.³¹ Het vooruitzicht van die schade brengt mee dat een verkoper toch informatie over zijn onderneming naar bui-

ten brengt en de kosten van een *vendor due diligence* maakt, aangezien dat altijd nog goedkoper is dan het dragen van schadevergoeding en reputatieverlies.

Naast mededelingsverplichtingen kunnen partijen in de precontractuele fase ook onderzoeksverplichtingen hebben.³² Een partij dient dan zelf informatie in te winnen, hetgeen ook de informatieasymmetrie tussen partijen verkleint. Indien een koper niet aan deze onderzoeksverplichting voldoet, kan dat meebrengen dat er juist geen grond is om de verkoper aansprakelijk te stellen. Precontractuele mededelingsverplichtingen en onderzoeksverplichtingen brengen mee dat er risico's worden verdeeld tussen de betrokken partijen en kunnen aldus prikkels tot beheersing van risico's geven.

3.3 Misverstanden en wilsgebreken bij het sluiten van de overeenkomst

Hoofdstuk drie, van Qi Zhou, over *contractual mistake and misrepresentation* sluit aan bij de precontractuele mededelingsverplichtingen. Qi Zhou gaat in dit (naar mijn idee niet handig opgezette) hoofdstuk (waarbij de boodschap uiteindelijk wel duidelijk is) in op misverstanden en misleiding bij het aangaan van een overeenkomst. Partijen gaan een – naar inschatting wederzijds voordelige – overeenkomst aan en zijn het eens over de inhoud daarvan. Er is echter sprake van een misverstand of een wilsgebrek (bijvoorbeeld in geval van bedrog), waardoor de baten van de overeenkomst niet zijn zoals zij aanvankelijk leken te zijn en er geen optimale overeenkomst tot stand is gekomen.³³

Zo'n misverstand of misleiding kon een rol spelen bij de totstandkoming van de overeenkomst omdat er sprake was van een asymmetrische verdeling van informatie tussen partijen en dus van onwetendheid bij een partij. Zhou maakt een onderscheid tussen drie vormen van een verkeerde voorstelling van zaken: (1) misverstanden ten gevolge van onzorgvuldig handelen, (2) misleiding/bedrieglijk handelen, en (3) onschuldige misverstanden. Bij deze vormen dient het recht verschillend op te treden om de informatieongelijkheid te verminderen.

Bij de toe te passen rechtsgevolgen in geval van *misverstanden* over (het voorwerp van) de overeenkomst, is het rechtseconomisch gezien de vraag wie het beste in staat is (tegen de laagste kosten) een misverstand te vermijden. De *cheapest cost avoider* moet een prikkel krijgen om zorgvuldig te handelen, dat wil zeggen: om informatie in te winnen of te delen.³⁴ Meestal is dat de vergissende partij. In geval van een verkeerd, te hoog prijskaartje is dat bijvoorbeeld de verkoper als er op het prijskaartje € 355 staat in plaats van € 325. Alleen de zich vergissende verkoper kan en moet weten dat dit een fout is en kan dit het eenvoudigst voorkomen.³⁵ Bij evidente schrijf- en rekenfouten is dikwijls de wederpartij

28. In Hof Leeuwarden 1 februari 2011, LJN BP7319 werd een vergelijkbare uitkomst bereikt.

29. De Geest 1994, p. 65.

30. De Geest 1994, p. 187-189.

31. Vgl. M. Brink, Due diligence: een beschouwing over het due diligence onderzoek volgens het Nederlands recht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 53.

32. A. De Boeck, Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten: grondslagen, draagwijdte en sancties, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 29.

33. Van Bijnen 2005, p. 124-125.

34. A.T. Kronman, Mistake, disclosure, information, and the law of contracts, *Journal of Legal Studies* 1978, p. 4-7.

35. Vgl. De Geest 1994, p. 198.

de *cheapest cost avoider*. Als er door een vergissing van de verkoper op het prijskaartje € 32,50 staat in plaats van € 325, kan de koper de fout het goedkoopst rechtzetten. Hij moet weten dat dit een vergissing is en de verkoper kan niet alle prijskaartjes controleren.³⁶

Indien de gevolgen van een vergissing bij de *cheapest cost avoider* worden gelegd, wordt hij aangezet om zorgvuldig te handelen en de vergissing te vermijden. Als de verkoper het beste in staat is om misverstanden te voorkomen, zal in geval van een vergissing de (voor de koper gunstige) overeenkomst tot stand komen. In het hiervoor genoemde voorbeeld van het prijskaartje van € 325 zal op grond van artikel 3:35 BW (gerechtvaardigd vertrouwen) de koper terecht worden beschermd. Als andersom de koper de *cheapest cost avoider* is, moet deze partij geen beroep op rechtsgevolgen kunnen doen; geen overeenkomst (nietigheid of vernietigbaarheid) dus bij een prijskaartje van € 32,50. Dat is efficiënt, aangezien die partijen dan worden aangezet om de optimale beslissingen te nemen teneinde misverstanden te vermijden. Die partijen wegen de kosten en baten van het betrachten van en/of investeren in meer zorg(vuldigheid).

Zhou merkt in dit verband op dat informatie voldoende maatschappelijke waarde dient te hebben en op dient te wegen tegen de productie- en communicatiekosten. Een voorbeeld is zichtbare gebreken, zoals een goed waarneembare schimmel in een huis dat te koop staat of een roestvlek op een auto. De kosten van het produceren en/of communiceren van (maatschappelijk onvoldoende waardevolle) informatie wegen dan niet op tegen de baten. Een beroep op vernietigbaarheid of aansprakelijkheid moet dan zijn uitgesloten, zodat de koper wordt geprikkeld om optimale zorgvuldigheid te betrachten in geval van zichtbare of triviale informatie. Dat ligt anders bij onzichtbare gebreken. Dan dient een verkoper wel een prikkel te krijgen door middel van het aansprakelijkheidsrecht om informatie over bijvoorbeeld een verborgen gebrek in een huis mee te delen. Deze informatie over de staat van het huis is tegen weinig kosten voor de verkoper beschikbaar en is voor hem ook relevant als hij geen plannen had om zijn huis te verkopen. Contractuele bepalingen waarin aanspraken op grond van verborgen gebreken worden uitgesloten, zijn deswege onwenselijk, zeker als tegenover de uitsluiting van dit risico voor de andere partij geen voordelen staan. Zo bezien leidt HR 26 oktober 2007, RvdW 2007, 923, waarin een dergelijke uitsluiting wel werd toegestaan, niet tot een efficiënte situatie. Contractuele uitsluiting van een beroep op zichtbare gebreken kan (dus) juist wel door de beugel.

Het is dus voor de mededelingsplicht van belang hoeveel kosten en moeite gepaard gaan met het verkrijgen van informatie. Indien informatie bij een partij bekend is dan wel tegen weinig kosten en moeite kan worden achterhaald, heeft die partij eerder een mededelingsplicht dan wanneer het voor een partij meer kosten en

moeite vergt om informatie te vergaren.³⁷ Zo wijst Zhou erop dat mensen vaak sterk investeren in het achterhalen van informatie met de bedoeling daarmee winst te maken.³⁸ De Geest noemt dat in zijn proefschrift *entrepreneursinformatie*.³⁹ Een voorbeeld is een oliemaatschappij die een olieveld vindt na jarenlang zoeken en het koopt voor de 'gewone' waarde van de grond.⁴⁰ Indien de entrepreneur zijn private informatie zou moeten openbaren, zou hij geen prikkel meer hebben om zijn activiteiten te verrichten en om kosten te maken om die informatie te vergaren.⁴¹ Er staat immers geen compensatie tegenover de hoge zoekkosten en het openbaren van dergelijke informatie.⁴² Geregeld is echter het gebruiken van entrepreneursinformatie maatschappelijk waardevol, zoals de ontdekking door een farmaceut van een vaccin voor de bestrijding van een ziekte.

Een partij dient geprikkeld te worden om *misleiding* te allen tijde achterwege te laten, en niet alleen bij onzorgvuldig en niet optimaal handelen zoals in het geval van een misverstand. Het is opportunistisch gedrag en de misleidende partij investeert in verkeerde informatie. In zo'n situatie wordt de maatschappelijke welvaart nooit vergroot. Een contractuele uitsluiting van een beroep op dwaling of bedrog in bijvoorbeeld een overnameovereenkomst is mijns inziens om die reden – nog los van artikel 3:40 lid 1 BW (strijd met openbare orde en goede zeden) – onwenselijk.⁴³ Een partij krijgt prikkels om misleidend gedrag achterwege te laten als de (voor de andere partij ongunstige) overeenkomst nietig of vernietigbaar is en zij de verwachte (extra)winst met de transactie niet kan realiseren, en/of aansprakelijkheid wordt aangenomen en zij schadevergoeding moet betalen (waarbij het positieve contractsbelang moet worden vergoed). Daarbij bestaat er volgens Zhou een voorkeur voor aansprakelijkheid en schadevergoeding als sanctie, aangezien er geen limiet is met betrekking tot de hoogte van de schadevergoeding, de schadevergoeding kan worden gekoppeld aan de pakkans en daarom sterkere prikkels tot het voorkomen van misleidend gedrag kunnen worden gegeven. Dat geldt voor Nederland niet, aangezien hier geen *punitive damages* mogelijk zijn. Wel kunnen er bij verkoop van goederen redenen zijn om de overeenkomst niet geheel terug te draaien (vernietigen). Bijvoorbeeld als de koper in principe meer waarde aan het goed hecht dan de verkoper en andere partijen, en met schadevergoeding of prijsaanpassing zijn nadeel ten gevolge van de misleiding kan worden weggenomen.

36. Vgl. Theeuwes & Van Wijck 2007, p. 126-127.

37. Zie ook J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 66-67.

38. Zie hierover ook H.O. Kerkmeester & R.W. Holzhauser, *Rechtseconomische annotaties. Elf standaardarresten rechtseconomisch becommentarieerd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 37-38.

39. De Geest 1994, p. 83-84.

40. Van Bijnen 2005, p. 125.

41. Kronman 1978, p. 13 e.v.

42. De Geest 1994, p. 174-178.

43. Zie hierover C.E. du Perron & T.H.M. van Wechem, *Het uitsluiten van beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptabele of een onacceptabele boilerplate?*, *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2004, p. 5

Ten slotte wijst Zhou er terecht op dat *onschuldige misverstanden* geen rechtsgevolgen dienen te hebben, ook niet als er sprake is van onzorgvuldig handelen. Er is bij kleine vergissingen eigenlijk niet of nauwelijks sprake van een (potentieel) verkeerde verdeling van welvaart. De *cheapest cost avoider* krijgt ook geen prikkels, gezien de beperkte kosten-batenimpact op zijn beslissing. Hij kan de vergissing niet vermijden door *optimaal* zorgvuldig te handelen, aangezien de kosten van zorgvuldiger handelen groter zijn dan de baten. Als onschuldige vergissingen ook tot vernietiging/vernietigbaarheid van de overeenkomst of aansprakelijkheid zouden leiden, kan dat bovendien opportunistisch gedrag meebrengen bij de partij die de rechtsgevolgen zou kunnen inroepen.

3.4 Standaardcontracten en algemene voorwaarden

In hoofdstuk zeven gaat Clayton Gillette in op *standard form contracts*. Dit is een van de meest toegankelijke en best leesbare hoofdstukken. Het boek zou van een (nog) beter niveau zijn geweest als ook de andere hoofdstukken op een dergelijke manier, dat wil zeggen: niet te technisch, zouden zijn opgezet. Wat mij betreft, ligt hier een aandachtspunt voor de redacteur voor een volgende editie.

Juristen staan vaak wantrouwend ten opzichte van standaardcontracten en algemene voorwaarden. De gedachte is dat standaardbepalingen in een overeenkomst dikwijls in het voordeel zullen zijn van de partij die de voorwaarden heeft opgesteld omdat de voorwaarden vaak eenzijdig worden opgelegd ('take it or leave it'-situatie) en de partij die de bepalingen voorstelt geregeld meer marktmacht en dus onderhandelingsmacht heeft.

Gillette laat zien dat in de rechtseconomie enigszins positiever tegen standaardovereenkomsten en algemene voorwaarden wordt aangekeken. Standaardovereenkomsten verminderen transactiekosten, aangezien de contractsbepalingen niet elke keer opnieuw hoeven te worden opgesteld.⁴⁴ In het beste geval worden door de opsteller bepalingen opgesteld die overeenkomen met voorwaarden waartoe partijen bij onderhandelingen ook zouden zijn gekomen. De risico's worden bijvoorbeeld gelegd bij de partijen die het beste in staat zijn om die risico's te vermijden of om zich ertegen te verzekeren (*superior risk bearer*). Dat kan zich voordoen als een standaardovereenkomst zich ontwikkelt na herhaalde interactie tussen marktpartijen op een gelijk speelveld. De standaardvoorwaarden die in de verzekeringsbranche worden gehanteerd tussen verzekeraars en assurantiemakelaars zijn hiervan een voorbeeld.

Ook is er bij standaardovereenkomsten sprake van leereffecten, aangezien rechters en partijen overeenstemming krijgen over de betekenis van eventuele vage/open bepalingen.⁴⁵ Daarbij zal concurrentie tussen aanbieders met standaardcontracten leiden tot overeenkomsten met optimale bepalingen, aangezien *repeat players* belang hebben bij beperking van onzekerheid. Een ander voor-

deel is dat toezichtkosten voor marktpartijen afnemen bij veelvoorkomende transacties tussen hen. Er hoeft dan niet steeds onderhandeld te worden over de contractvoorwaarden, zodat contractspartijen niet, althans minder, toezicht hoeven te houden op hun belangenbehartigers en zij hoeven ook niet in de gaten te houden of er contractveranderingen worden doorgevoerd ten opzichte van het oorspronkelijke contract die minder welvaart opleveren.

Gillette wijst erop dat het vorenstaande bij marktfalen anders ligt. Standaardcontracten zijn dan mogelijk niet welvaartsvermeerderend voor beide partijen. In geval van een monopolie of oligopolie kan een machtige marktpartij uiteraard nadelige bepalingen opleggen, ook aan *repeat players*. Verder kunnen transactiekosten juist ook meebrengen dat inefficiënte contractsbepalingen blijven voortbestaan in standaardovereenkomsten. De opsteller kan bepalingen voorstellen waarbij de inefficiëntie te beperkt is om daar uitgebreid over te onderhandelen. Ook kunnen breed geaccepteerde standaardbepalingen stimulansen tot vernieuwing van die bepalingen verminderen, en meegroeien met veranderde omstandigheden tegenhouden.

Verder kan ook hier een asymmetrische verdeling van informatie over partijen een rol spelen. Dat is met name aan de orde bij consumenten. Verkopers hebben dan als *repeat players* de mogelijkheid om contractsbepalingen te hanteren die voor hen zeer gunstig zijn, aangezien consumenten de waarde van die bepalingen niet (altijd) goed kunnen inschatten. Gillette geeft als voorbeeld een uitsluiting van garantie of een arbitragebepaling in de algemene voorwaarden, zonder dat de koop prijs van een goed wordt verlaagd in verband met de afwezigheid van een garantie of in verband met de kosten van arbitrage. De consument heeft onvoldoende informatie over de kwaliteit van het product en de kosten van geschiloplossing om dit te kunnen beoordelen.

Uit verschillende onderzoeken blijkt voorts dat weinig consumenten algemene voorwaarden lezen en dat dit leidt tot inefficiënte voorwaarden. Dit is terug te voeren op de aanname van consumenten dat een product niet snel een gebrek zal hebben, op de onmogelijkheid om te onderhandelen over ongunstige bepalingen en op de hoge kosten van het meer geïnformeerd raken over de te verwachten risico's. Gillette brengt in dit verband naar voren dat Schwartz en Wilde hebben opgemerkt dat het feit dat de koper een consument is, nog niet meteen betekent dat er geen sprake is van efficiënte voorwaarden.⁴⁶ Als er sprake is van concurrentie tussen verkopers, zij van tevoren niet weten of zij te maken krijgen met een geïnformeerde koper (bedrijf) of niet-geïnformeerde koper, en er in ieder geval wel enige lezende kopers zijn, dan zullen verkopers de voorwaarden aanbieden die zij zouden hebben aangeboden indien consumenten wel voorwaarden zouden lezen. Als verkopers

44. Van Bijnen 2005, p. 121 en 158.

45. Vgl. Van Bijnen 2005, p. 190-191.

46. A. Schwartz & L.L. Wilde, Imperfect information in markets for contract terms, *Virginia Law Review* 1983, p. 1387-1485 en A. Schwartz & L.L. Wilde, Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis, *University of Pennsylvania Law Review* 1979, p. 630-682.

geen onderscheid kunnen maken tussen kopers die wel en kopers die niet de voorwaarden lezen, of het maken van een dergelijk onderscheid duur is, dan zullen verkopers geen gebruik maken van het feit dat weinig consumenten op de hoogte zijn van de inhoud van de voorwaarden. Gillette wijst er terecht op dat als bedrijven en consumenten wel vooraf tegen lage kosten kunnen worden onderscheiden, verkopers dan bij die groepen verschillende voorwaarden kunnen hanteren en aldus informatievoordelen wel kunnen uitbuiten. Dat geeft mede een (rechtseconomische) rechtvaardiging voor meer bescherming van consumenten in het contractenrecht, zoals de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen (art. 6:233, 6:236 en 6:237 BW).

De mogelijkheid dat standaardvoorwaarden inefficiënt zijn, is vaak ook van invloed op de interpretatie van dergelijke voorwaarden. Gillette merkt op dat een algemeen beginsel van contractsuitleg is dat, bij meerdere interpretatiemogelijkheden van een standaardbepaling, een onduidelijkheid in het nadeel van de opsteller wordt uitgelegd (*contra proferentem*-regel). Dit is nodig om opstellers van algemene voorwaarden aan te zetten om onduidelijkheid te vermijden en om de kosten in verband met uitleg van een bepaling door derden (advocaten en rechters) te verminderen.⁴⁷ De opsteller is immers de *cheapest cost avoider* en kan misverstanden over de uitleg van de clausule tegen de laagste kosten vermijden. Ook is dit relevant om het aantal algemene voorwaarden dat een marktfaalen weergeeft (en daarom inefficiënt is) te beperken.

Gillette wijst er in dit verband op dat rechters ervoor kunnen kiezen om standaardovereenkomsten zo te interpreteren dat zij de redelijke verwachtingen van de gemiddelde wederpartij weergeven. Dat is het Amerikaanse concept van de *reasonable expectations*. Als het gaat om *onduidelijke* standaardbepalingen en uitleg nodig is, dan is dat mijns inziens een aantrekkelijke gedachte en zien wij het ook terug in de Nederlandse rechtspraktijk onder de noemer objectieve uitleg bij de Haviltex-norm (straks meer daarover). Het leerstuk wordt (in de Verenigde Staten) echter ook wel gebruikt buiten gevallen van onduidelijkheid, teneinde een meer aansprekende strekking van de overeenkomst te bewerkstelligen. In HR 30 maart 2012, RvdW 2012, 496 (Onderlinge/Nationale Nederlanden) wordt deze richting ingegaan. In dat arrest merkte de Hoge Raad zuivere vermogensschade aan als gedekte schade in de zin van de betreffende Aansprakelijkheidsverzekering Bedrijven (AVB). Volgens de Hoge Raad rechtvaardigen de functie die de AVB-verzekering in het maatschappelijk verkeer vervult en de daarop gebaseerde verwachtingen van verzekerden een ruime dekking. Dit gaat echter te ver, aangezien hier geen sprake was van onduidelijkheid en ook niet van marktfaalen. Zoals A-G Spier in zijn conclusie voor dit arrest en later ook Wansink terecht hebben

opgemerkt, was hier geen misverstand mogelijk over wat 'verzekerde schade' was in de zin van artikel 1.6 van de algemene verzekeringsvoorwaarden, namelijk personen-schade en zaakschade.⁴⁸ De Hoge Raad erkende ook dat de polisbepaling duidelijk was en dat in casu geen sprake was van dergelijke schade, maar meende dat er op grond van de redelijke verwachting van verzekerden een ruime uitleg aan het schadebegrip diende te worden gegeven. De theorie van de *reasonable expectations* dient echter in zo'n situatie niet te worden ingezet. Naar mijn idee volgt uit de rechtseconomie dat hier de opsteller (verzekeraar) niet hoeft te worden geprikkeld om (in de toekomst) zorgvuldiger te handelen bij het opstellen van de standaardbepalingen en om de uitlegkosten te beperken. De bepaling was immers al helder. De benadering van de Hoge Raad werpt juist, en onnodig, kosten op en zal resulteren in aanpassing van de algemene voorwaarden. Het leidt ook niet tot een efficiënte(re) overeenkomst, integendeel. Dit geldt temeer nu het in strijd is met het uitgangspunt dat verzekeraars vrij zijn in het bepalen van de dekking die zij wensen te geven (contractsvrijheid).

Wat daar verder ook van zij, volgens Gillette dient in geval van onduidelijkheid van een standaardbepaling en meerdere interpretatiemogelijkheden ook een uitleg te worden aangewend die in het voordeel van de wederpartij is en aansluit bij de redelijke verwachtingen van die partij als er sprake is van (alleen) professionele partijen. Zo bezien zou de *contra proferentem*-regel van artikel 6:238 lid 2 BW dus niet alleen bij consumenten moeten worden toegepast.⁴⁹ Hier valt mijns inziens veel voor te zeggen, aangezien de voornoemde rechtseconomische overwegingen bij professionele partijen precies hetzelfde zijn. Het zou in de Nederlandse contractspraktijk (door de rechter) dan ook meer mogen/moeten worden toegepast bij algemene voorwaarden. Bijvoorbeeld een uitleg ten gunste van een verzekeraar als het gaat om onduidelijke standaardvoorwaarden van een assurantiemakelaar (makelaarspolis) die door de verzekeringnemer is ingeschakeld. In tegenstelling tot hetgeen wel eens wordt gedacht, wordt door de makelaar bij het opstellen van zijn algemene voorwaarden in principe niet met verzekeraars onderhandeld.⁵⁰ Het zijn eenzijdig opgestelde voorwaarden. De makelaar moet dan geprikkeld worden om onduidelijkheden te voorkomen en uitlegkosten te beperken.

Vervolgens gaat Gillette in op het feit dat veel partijen algemene voorwaarden niet lezen, waardoor een risico

47. I. Ayres, Valuing modern contract scholarship, Yale Law Journal 2003, p. 891 en I. Ayres, Default rules for incomplete contracts, in: P. Newman (Ed.), The new Palgrave dictionary of economics and the law, Macmillan 1998, p. 587.

48. J.H. Wansink, De Hoge Raad en de verzekering van de (indirecte) werkgevers aansprakelijkheid ex art. 7:611 BW, AV&S 2012/3, p. 81.

49. Vgl. P.M. Leerink, Ruime uitleg van de dekking onder een AVB-polis, NTHR 2012/3, p. 158 en M.L. Hendrikse, De reikwijdte van het contra-proferentem-beginsel in het verzekeringsrecht, NTHR 2010/3, p. 100-102.

50. Wel kunnen later onderhandelingen plaatsvinden tussen de makelaar en een verzekeraar over een concrete verzekeringsovereenkomst en worden afgeweken van de standaardvoorwaarden door middel van bijzondere clausules. Dat is echter geen regel. En als er niet wordt afgeweken, is de vraag hoe de door de makelaar eenzijdig opgestelde standaardbepaling in de algemene verzekeringsvoorwaarden moet worden uitgelegd.

op inefficiënte voorwaarden aanwezig is. Indien aanneemelijk is dat de wederpartij de algemene voorwaarden niet zou hebben geaccepteerd als zij zou hebben geweten dat er een bepaalde bepaling in stond, dan dient volgens de rechtseconomische gedachte die bepaling geen onderdeel van het contract te zijn.⁵¹ In dit kader past de bescherming die de artikelen 6:233 BW e.v. bieden aan consumenten en ‘kleine ondernemingen’. Bescherming tegen onredelijke bedingen is vanuit rechtseconomisch perspectief nodig om de opsteller te prikkelen om optimale voorwaarden voor te stellen, die wederzijds voordelig zijn. Bovendien verlaagt het de kosten van het aangaan van overeenkomsten en komen meer overeenkomsten tot stand.⁵² Daarbij is het de vraag of deze overwegingen ook niet opgaan voor de ‘grote’ bedrijven (meer dan vijftig werknemers). De praktijk leert dat ook binnen dergelijke bedrijven standaardvoorwaarden van de wederpartij vaak niet worden gelezen, de echt grote bedrijven uitgezonderd. Ook hier kan de vraag worden gesteld of de volledig geïnformeerde en rationele contractant een dergelijke clausule zou hebben afgesproken. Bovendien worden soms de voorwaarden wel gelezen door een dergelijk bedrijf, maar brengt de marktmacht van de grotere professionele wederpartij mee dat men wordt ‘gedwongen’ toch een negatief beding (bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsuitsluiting of een vrijwaringsbepaling) te accepteren terwijl daar geen prijsvoordeel tegenover staat.

Ofschoon Gilette niet ingaat op de situatie van een *battle of forms*, valt er mijns inziens gezien het vorenstaande veel voor te zeggen om niet een keuze te maken tussen twee van toepassing verklaarde sets algemene voorwaarden, maar om een *knock-out*-regel toe te passen. In Nederland wordt ervan uitgegaan dat de algemene voorwaarden waar als eerste naar is verwezen, in beginsel van toepassing zijn (art. 6:225 lid 3 BW). In andere landen, zoals Engeland, wordt de keuze andersom gemaakt en geldt de tweede verwijzing. Bij een *knock-out*-regel, die bijvoorbeeld in Duitsland, Frankrijk en de Verenigde Staten wordt gehanteerd, zijn afwijkende bepalingen geen onderdeel van de overeenkomst, maar louter bepalingen die in beide sets algemene voorwaarden gelijk zijn. Rationele contractanten zouden niet snel kiezen, zonder dat daar een economisch voordeel tegenover staat, voor bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsuitsluiting ten gunste van de andere partij (vaak opgenomen in verkoopvoorwaarden) of – het spiegelbeeld – een vergaand vrijwaringsbeding (dikwijls opgenomen in inkoopvoorwaarden). Het is daarom volgens veel rechtseconomen efficiënter om in geval van een *battle of forms* dergelijke bepalingen tegen elkaar weg te strepen en in plaats daarvan te kiezen tussen deze bepalingen.⁵³ Het

past ook beter bij de gedachte van de wederzijds voordelige overeenkomst om uit te gaan van algemene voorwaarden die in beide sets voorkomen. Een regeling waarbij een keuze wordt gemaakt tussen algemene voorwaarden leidt ook tot veel transactiekosten, aangezien partijen bij contractsonderhandelingen hun best doen om hun algemene voorwaarden van toepassing te krijgen en er bij een gerezen probleem vaak discussies ontstaan over wiens voorwaarden gelden. Een *knock-out*-regeling is overigens ook opgenomen in artikel 2:209 van de Principles of European Contract Law (PECL), artikel 2.22 van de Unidroit Principles en artikel II.-4:209 hoofdstuk 4 van het Draft on Common Frame of Reference (DCFR; ‘Europees Burgerlijk Wetboek’), hetgeen dus efficiëntere bepalingen zijn dan (de bepaling van regeland recht in) artikel 6:225 lid 3 BW.

3.5 Interpretatie en aanvulling van contractsvoorwaarden.

In hoofdstuk 8 behandelt George Cohen op heldere wijze *interpretation and implied terms in contract law*. Hij gaat in op het rechtseconomische concept van het complete contract. Daarbij geeft Cohen de redenen voor incomplete overeenkomsten weer.⁵⁴ Allereerst zijn er uiteraard de hoge kosten van onderhandelen over en het opstellen van de volledige overeenkomst. De kosten brengen mee dat het incomplete contract efficiënt is. Maar zelfs als deze kosten relatief laag zouden zijn, zouden partijen niet alles (duidelijk) vastleggen. Bij stevig onderhandelen over bijzaken in de overeenkomst zouden partijen wellicht de deal onnodig ‘opblazen’. Ook vinden partijen bepaalde contractsbepalingen te kostbaar en/of te onbelangrijk om (duidelijk) vast te leggen, om te monitoren en/of om af te dwingen. Tevens kan het strategisch omgaan met asymmetrische informatie het opstellen van een meer compleet contract tegenhouden.

Verder leiden fouten bij de formulering tot incomplete contracten. Partijen vinden het geregeld onwenselijk of te kostbaar, zeker bij omvangrijke en/of complexe overeenkomsten, om bij alle bepalingen de interne consistentie na te gaan. Contractsjuristen halen dergelijke fouten er soms later ook niet uit, omdat dan het risico aanwezig is dat er bij het opnieuw aansnijden van het onderwerp een meningsverschil ontstaat of dat hun ‘fout’ aan het licht komt. Uit eigen ervaring weet ik dat advocaten en andere contractsjuristen een bepaling ook graag wat minder scherp maken als zij de toekomstige consequenties lastig kunnen inschatten. Een meer open, maar daardoor onduidelijkere, bepaling is dan veiliger, aangezien ze meer potentiële gevolgen omvat.

Gezien de mogelijkheid van interpretatie van contractsbepalingen door de rechter, of een andere neutrale derde, hoeven partijen ook niet alles perfect te omschrijven in de overeenkomst.⁵⁵ Volgens Cohen is er daarnaast ook geen noodzaak om alles van tevoren in de overeen-

51. Vgl. R.B. Korobkin, *The status quo bias and contract default rules*, Cornell Law Review 1998, p. 610.

52. Vgl. Theeuwes & Van Wijck 2007, p. 130.

53. Zoals G. Rühl, *The battle of forms: comparative and economic observations*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 2003, p. 189 e.v en I. Ayres & R. Gertner, *Filling gaps in incomplete contracts: an economic analysis of default rules*, Yale Law Journal 1989, p. 107, noot 92.

54. Zie ook Van Bijnen 2005, p. 120.

55. Zie hierover N. van der Beek, *Interpretatie en verfijning van contracten: een rechtseconomische theorie van verfijnende aanvulling bij interpretatiegeschillen*, Contracteren 2004/4, p. 95-99.

komst te regelen, aangezien de rechter ook bepalingen in de overeenkomst kan 'inlezen' (*implied terms*), hetgeen geregeld efficiënter is dan dat partijen alles vooraf trachten vast te leggen. In Nederland denken wij dan met name aan het aanvullend contractenrecht in Boek 3, 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek, dat leemtes in de onvolledige overeenkomst opvult (zie het voorgaande).

In de Anglo-Amerikaanse landen is het inlezen van bepalingen in de overeenkomst (aanvullend recht) meer een taak van de rechter, aangezien daar meer sprake is van rechtersrecht, waar in de Europees-continentale landen de wet een belangrijke(re) rechtsbron is. Veel civil law-juristen zijn geneigd te denken dat de Europees-continentale benadering efficiënter is, aangezien een wettelijke regeling vooraf duidelijkheid geeft en contractspartijen zich met een gerust hart kunnen beperken tot de hoofdzaken. Common law-contractsjuristen trachten echter ook vooraf de onzekerheid weg te nemen, maar dan door 'alles' in de overeenkomst weg te leggen. Naar ik heb begrepen, is de reikwijdte van het leerstuk van de *implied terms* in de Anglo-Amerikaanse rechtspraktijk (daarom?) ook beperkt. De onzekerheid wordt dan wel tegen hogere transactiekosten per zaak weggelaten. Aan de andere kant worden die transactiekosten weer verlaagd door het veelvuldig gebruik van gestandaardiseerde overeenkomsten met algemene bepalingen. Het verschil in efficiëntie is dus mogelijk veel kleiner dan aanvankelijk lijkt, of wellicht zelfs afwezig. Wel is er naar mijn gevoel dan meer ruimte aanwezig voor informatieverschillen en verschillen in onderhandelingsmacht, alsook voor vergissingen, maar waarschijnlijk getuigt dit van mijn continentale oriëntatie. Het is immers de vraag of de wetgever thans wel het (aanvullend) overeenkomstenrecht altijd dusdanig heeft vormgegeven als rationele en volledig geïnformeerde contractspartijen zelf zouden hebben gedaan (hetgeen evenzeer geldt voor algemene voorwaarden). Bovendien kan er door (machtige) partijen van worden afgeweken. Overigens kan de Nederlandse rechter leemtes in de overeenkomst op grond van artikel 6:248 lid 1 BW ook opvullen aan de hand van de gewoonten/gebruiken en de redelijkheid en billijkheid.⁵⁶ Uiteraard zijn dit belangrijke bronnen in het kader van de rechtsontwikkeling. Gezien het feit dat het gaat om 'vage' begrippen en dit gepaard kan gaan met rechtsonzekerheid, dient er wel terughoudend mee te worden omgegaan. De uitvoeringskosten van partijen worden mogelijk niet gereduceerd met een aanvulling, en eventueel worden fouten door de rechter gemaakt. In de Nederlandse rechtspraak ziet men terughoudendheid ook terug. De rechter is eigenlijk met name geneigd om aan te vullen indien het gaat om een gewoonte die algemeen wordt gevolgd in een bepaalde branche, maar die niet in de overeenkomst terugkomt. In veel gevallen zullen dit regels zijn die de rationele contractant zou zijn overeengekomen.⁵⁷

Terug naar de interpretatie van contractsbepalingen. Zowel rechtseconomen als juristen gaan uit van de veronderstelling dat rechters (of andere onafhankelijke derden) de bedoelingen van partijen zouden moeten volgen bij de interpretatie van bepalingen en het inlezen van bepalingen. Cohen wijst erop dat in de rechtseconomie dat uitgangspunt echter al snel wordt losgelaten. Aangezien er sprake is van een incompleet contract dat de onduidelijkheden tussen partijen oplevert, zijn de bedoelingen van partijen onzeker, althans betwistbaar. Daarmee is het lastig, zo niet onmogelijk, voor een rechter om de werkelijke bedoelingen vast te stellen. Bovendien zal bij het bepalen van de subjectieve wil van partijen sprake kunnen zijn van hoge kosten en veel discussie.⁵⁸ De second best oplossing is dan de veronderstelde of hypothetische bedoeling. De rechter gaat dan uit van de interpretatie of de bepaling die partijen waarschijnlijk zouden hebben gekozen als zij wel (uitgebreider) over het onderwerp zouden hebben onderhandeld en/of een en ander preciezer zouden hebben vastgelegd. Daarmee komt men het dichtst in de buurt van het optimale contract. In de regel wordt door rechtseconomen aangenomen dat dient te worden bezien wat de meeste contractspartijen in een dergelijke situatie zouden hebben gewild.

Cohen brengt naar voren dat in de rechtseconomie een grammaticale uitleg van de contractsbepaling vooropstaat. Een taalkundige uitleg dient de rechtszekerheid en bespaart geschillenbeslechtingskosten.⁵⁹ Als er objectieve informatie aanwezig is over de context waarbinnen het contract is gesloten, bijvoorbeeld met betrekking tot de gebruiken en de gemeenschappelijke mening van partijen (in een bepaalde bedrijfstak), kan echter ook voor een meer contextuele uitleg worden gekozen. Niet alleen de letterlijke tekst van het contract, maar ook de context waarbinnen het contract is gesloten, is dan bruikbaar voor de rechter om een inschatting te kunnen maken van de bedoelingen van partijen. Rechtseconomisch zal de verwachte waarde van de aanvullende informatie wel positief dienen te zijn, dat wil zeggen: moeten opwegen tegen de extra kosten van een contextuele uitleg. Dat zal doorgaans alleen het geval zijn als de informatie snel en tegen beperkte kosten is te achterhalen, en niet bijvoorbeeld aan de hand van uitgebreid onderzoek of een getuigenverhoor. Daarnaast is de keuze tussen een tekstuele en contextuele uitleg volgens Cohen ook afhankelijk van de precontractuele onderhandelingskosten en opstellingskosten. Naarmate die hoger zijn (bij bepaalde soorten contracten), is het efficiënter om te kiezen voor een contextuele uitleg. Partijen hoeven dan ex ante minder transactiekosten te maken teneinde een en ander preciezer vast te leggen. Tevens zijn hogere uitlegkosten door een rechter en dus het hanteren van ruimere uitlegeregels eerder gerechtvaardigd. Als rechters dat in die gevallen niet doen, worden

56. Zie hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III (2010), nr. 379 e.v.

57. R.A. Epstein, Beyond foreseeability: consequential damages in the law of contract, *Journal of Legal Studies* 1989, p. 105-138.

58. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, Terug naar de tekst. Een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten, *WPNR* 2007, p. 422 en Kerkmeester & Holzhauser 1999, p. 46 e.v.

59. Kerkmeester & Holzhauser 1999, p. 45.

partijen gedwongen tot hogere onderhandelings- en opstellingskosten en/of worden die overeenkomsten minder vaak gesloten.

De rechtseconomische benadering wijkt daarmee enigszins af van het Anglo-Amerikaanse recht, waarin het vooral aankomt op de tekst. De laatste jaren is de rechter in die landen echter meer opgeschoven naar een (voorzichtig) contextuele uitleg. Het staat echter verder af van de Nederlandse uitlegbenadering, althans voor zover wordt uitgegaan van het beginsel dat indien mogelijk een subjectieve uitleg conform het Haviltex-arrest wordt aangewend.⁶⁰ De rechtseconomische uitlegbenadering komt wel overeen met de objectieve uitlegnorm die bij 'cao-norm'-gevallen moet worden gebruikt en met de objectieve Haviltex-norm, tussen welke normen ik overigens met Tjittes weinig verschillen zie en welk onderscheid dan ook niet zinvol en efficiënt is (want onduidelijkheid en transactiekosten).⁶¹ Ook dan wordt met name gelet op de tekst en structuur, maar eventueel ook op andere objectieve maatstaven, zoals openbare toelichtingen: dus niet een louter taalkundige uitleg.⁶² Dit geldt bij de cao-norm slechts voor een beperkte groep van gevallen, gezien de vereisten die in de rechtspraak zijn gegeven voor een uitleg volgens de cao-norm.⁶³ Deze norm heeft in de rechtseconomie algemene(re) gelding. Behalve dat de cao-norm ruimer toegepast zou kunnen/moeten worden, bijvoorbeeld ook bij algemene voorwaarden (zie het voorgaande), wordt het zo veel mogelijk toepassen van de objectieve uitleg binnen de Haviltex-norm vanuit rechtseconomisch perspectief toegejuicht. Eigenlijk dient een subjectieve uitleg achterwege te blijven, aangezien de geschillenbeslechtingskosten te hoog zijn. En een contextuele uitleg als aanvulling op een tekstuele uitleg kan 'alleen' plaatsvinden als de context objectief is, eenvoudig kan worden achterhaald en opweegt tegen de besparing in onderhandelings- en opstellingskosten voor partijen. Een en ander geldt zeker als sprake is van commerciële transacties

3.6 Remedies bij niet-nakoming

In hoofdstuk 9 gaat Paul Mahoney in op de remedies in geval van niet-nakoming van een overeenkomst. De vraag is welke remedie optimaal is indien een partij haar contractuele verplichtingen niet nakomt. Moet een schuldenaar zijn overeengekomen prestaties alsnog verrichten (*specific performance*)? Of heeft een schadevergoeding de voorkeur boven een recht op nakoming? En zo ja, hoeft dan alleen het negatieve contractsbelang (*reliance measure*) te worden vergoed, of dient de schadevergoeding gericht te zijn op het positief contractsbelang (*expectations measure*)?

60. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

61. Zie over de objectieve Haviltex-norm Tjittes 2007, p. 417 e.v.

62. Zie in dit verband R.P.J.L. Tjittes, De uitleg van schriftelijke contracten, RMThemis 2005, p. 2 e.v., T.H.M. van Wechem & M.H. Wissink, Herpositionering van Haviltex: een wegwijzer voor de keuze tussen subjectieve en objectieve uitleg van schriftelijke contracten, Contracteren 2004, p. 21 en T. Hartlief, De uitleg van contracten, Haviltex revisited, TPR 2004/4, p. 1065 e.v.

63. HR 17 en 24 september 1993, NJ 1994, 173 en 174 (CAO).

Een systeem van sancties is nodig om ervoor te zorgen dat een partij die er spijt van heeft dat zij een overeenkomst is aangegaan, niet zomaar kan afzien van haar overeengekomen prestatie. Dat heeft immers invloed op de wederzijdse welvaart. Het recht op nakoming ligt voor de hand om een contractspartij te prikkelen om de wederpartij niet te benadelen. Mahoney wijst erop dat nakoming echter niet altijd de efficiënte remedie is. Een vasthouden aan het recht op nakoming kan volgens rechtseconomen in sommige gevallen leiden tot welvaartsverlies. In de rechtseconomie wordt het daarom niet per definitie als onaanvaardbaar gezien om een contractuele afspraak niet na te komen. Integendeel, indien schadevergoeding voor het totaal van de betrokken partijen een gunstigere situatie oplevert, zou geen nakoming moeten kunnen worden gevorderd. Dit is het leerstuk van de efficiënte contractsbreuk.⁶⁴

Partijen sluiten een overeenkomst in de verwachting dat zij daardoor meer welvaart hebben. Na sluiting van de overeenkomst kunnen zich echter gewijzigde omstandigheden voordoen, zoals verhoogde productiekosten of een beter aanbod van een derde partij, die meebrengen dat er voor een partij een lagere welvaart bij deze overeenkomst is dan op het moment van de totstandkoming. Indien partijen een complete overeenkomst zouden hebben opgesteld, zouden zij rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat een overeenkomst op een later moment minder welvaart voor een contractspartij of beide partijen kan opleveren en zouden zij daarvoor een voorziening hebben getroffen. Bij een efficiënte contractsbreuk neemt de wanpresterende partij alle schade die zij bij de andere partij veroorzaakt volledig voor haar rekening. Die partij gaat er dan door de niet-nakoming niet in welvaart op achteruit. De wanpresterende partij gaat er wel in welvaart op vooruit. Bij eventuele derden neemt de welvaart ook toe. Er is dan sprake van een (Pareto-)efficiënte situatie: er gaat bij de nieuwe situatie niemand op achteruit, terwijl anderen er wel op vooruitgaan.⁶⁵

Mahoney laat zien dat door de wanpresterende partij wel alle schade van de wederpartij moet worden vergoed.⁶⁶ Er kan niet worden volstaan met vergoeding van het negatieve contractsbelang. De wanpresterende partij dient niet alleen de contractsprijs terug te betalen en eventuele (voorbereidings)kosten/investeringen te vergoeden (zoals de kosten van op maat gemaakte gordijnen in geval van niet-levering van een huis). Een schuldenaar zou dan louter worden teruggebracht naar de situatie vóór de overeenkomst, naar de oorspronkelijke situatie. Ook de gedeelde winst ten gevolge van de niet-nakoming moet worden vergoed (positief contractsbelang). Bijvoorbeeld de winst die wordt misgelopen bij het niet overdragen van aandelen. Alsdan wordt de wederpartij geplaatst in de welvaartssituatie die zij zou

64. Zie hierover ook Van Bijnen 2007, p. 52-53 en Kerkmeester & Van den Bergh 2004, p. 164.

65. Theeuwes & Van Wijck 2007, p. 137.

66. Zie ook L.T. Visscher, Schadevergoedingsrecht, in: W.C.T. Weterings (red.), De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 94-97.

hebben bereikt als de overeenkomst wel zou zijn nagekomen. Slechts bij vergoeding van het positieve contractsbelang is er sprake van efficiënte contractsbreuk.

Als ook de gedeelde winst dient te worden vergoed, zet de schadevergoeding een rem op te snelle en inefficiënte contractsbreuk en wordt ervoor gezorgd dat de wederpartij er niet in welvaart op achteruitgaat. Bij het moeten vergoeden van de volledige schade wordt een potentieel wanpresterende partij geprikkeld om zich vooraf goed te informeren over de eventuele schadevergoeding. Als de baten van contractsbreuk kleiner zijn dan de kosten (schadevergoeding), zal zij de overeenkomst nakomen. Er is dan sprake van efficiënte nakoming.⁶⁷

Clausules in contracten met betrekking tot de omvang van een eventueel te betalen schadevergoeding (boeteclausules) worden volgens Mahoney – en met name Steven Walt in het aparte hoofdstuk over *Penalty clauses and liquidated damages* – in de rechtseconomische literatuur geregeld als onwenselijk gezien. Die maken dat de te betalen schadevergoeding geregeld hoger of lager zal zijn dan de werkelijke schade, waardoor er geen sprake meer is van optimale nakoming dan wel optimale contractsbreuk.⁶⁸ Hoewel Mahoney daar niet op ingaat (maar Walt wel in zijn hoofdstuk), zitten er echter ook positieve kanten aan een boeteclausule. De boeteclausule werkt namelijk als een garantie. De verkoper geeft het signaal dat hij zijn uiterste best zal doen om zijn verplichtingen (tijdig) na te komen en durft het zelfs aan om daar een boete aan te koppelen. De koper heeft meer zekerheid en de verkoper krijgt sterke prikkels om (tijdig) na te komen. Contractuele boetes zijn in de praktijk echter vaak (veel) te hoog en staan niet in verhouding tot de werkelijke schade (bijvoorbeeld € 10.000 boete per dag, terwijl de daadwerkelijke schade € 3.000 is), hetgeen zeker geldt voor aannemingsovereenkomsten. Als er boetebepalingen worden gehanteerd, dienen die derhalve meer in de buurt van de werkelijke schade te liggen. Ook als een verkoper hoge kosten moet maken om de boete te voorkomen en die kosten van de verkoper hoger zijn dan de eventuele schade van de koper, is een boeteclausule inefficiënt.⁶⁹ Er kan dan beter enigszins te laat worden gepresteerd, de werkelijke schade worden vergoed en eventueel de bespaarde schadevergoeding worden verdeeld tussen partijen.

Mahoney merkt terecht op dat efficiënte contractsbreuk met name aan de orde zal kunnen zijn bij courante goederen. De partij jegens wie wordt gewanpresteerd, zal dan met de schadevergoeding elders een vergelijkbaar goed kunnen kopen en de extra kosten vergoed krijgen. Dat zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen bij niet-nakoming van een koopovereenkomst met betrekking tot een Volkswagen Golf. In geval van unieke goederen – zoals een oldtimer, antiek of kunst – ligt contractsbreuk lastiger. In beginsel is dan nakoming in alle situaties het meest efficiënt.⁷⁰ Er is vaak immers geen (goed)

alternatief voorhanden. Tevens is het voor een rechter moeilijker om de schadevergoeding te bepalen. Er zijn immers geen/minder substituuigoederen waarmee kan worden vergeleken.⁷¹ Tevens hebben dergelijke goederen vaak ook een emotionele waarde. De subjectieve waarde van het goed voor de koper is dan hoger dan de objectieve waarde. De kans is groot dat rechters hierbij tot foutieve inschattingen komen, dat wil zeggen: ondercompensatie, zodat nakoming de voorkeur heeft.

In Nederland is efficiënte contractsbreuk juridisch gezien mogelijk en het komt in de contractspraktijk ook geregeld voor. Ik wijs op de beëindiging van arbeidsovereenkomsten in de voetbalwereld. Artikel 6:74 BW biedt de *mogelijkheid* voor een schuldenaar om (in bepaalde gevallen) geen nakoming te eisen maar schadevergoeding te vragen. Vanuit rechtseconomisch perspectief zou het echter geen mogelijkheid voor de schuldenaar moeten zijn, maar moet in situaties van efficiënte contractsbreuk geen nakoming gevorderd kunnen worden, en in andere gevallen juist alleen nakoming.⁷² Ook dient bij contractsbreuk het positieve contractsbelang te worden vergoed.

Overigens zitten de civil law-landen mijns inziens wel dichter tegen de efficiënte contractsbreuk aan dan de common law-landen. In de civil law-landen is een recht op nakoming het uitgangspunt en in de common law-landen is dat een recht op schadevergoeding.⁷³ Volgens de meeste rechtseconomen is nakoming in beginsel de optimale remedie.⁷⁴ Dit wordt pas anders indien de overeenkomst door gewijzigde omstandigheden niet meer voor beide partijen op dezelfde wijze welvaartsvermeerderend is en niet-nakoming met het betalen van volledige schadevergoeding een hogere gezamenlijke welvaart geeft. Schadevergoeding is dus bij uitzondering de optimale remedie.

In de Nederlandse literatuur, rechtspraak en wetgeving ziet men (zeer) voorzichtige bewegingen in de richting van de theorie van de *efficient breach*. Zo lijken artikel 7:759 lid 2 BW en de overwegingen in HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou) een opening te bieden voor de efficiënte contractsbreuk.⁷⁵ In r.o. 3.5 van dit arrest wordt overwogen:

‘In beginsel heeft de crediteur dan de keuze tussen nakoming, voor zover deze nog mogelijk is (dat wil hier zeggen het alsnog aanbrenge van een gevelbeplating zonder FFC) en schadevergoeding in enigerlei vorm (in dit geval heeft Multi Vastgoed aangeboden vervanging van enkele panelen en een aangepast gevelonderhoudsprogramma op haar kosten). De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en bil-

67. Theeuwes & Van Wijck 2007, p. 138 e.v.

68. Vgl. Theeuwes & Van Wijck 2007, p. 136.

69. Zie Theeuwes & Van Wijck 2007, p. 136.

70. Zie ook Visscher 2007, p. 97.

71. Kerkmeester & Van den Bergh 2004, p. 165.

72. Vgl. Van Bijnen 2005, p. 266 e.v.

73. Zie nader D. Haas, De grenzen van het recht op nakoming, 2009, p. 42.

74. Zie bijv. S. Shavell, Damage measures for breach of contract, *Bell Journal of Economics* 1980, p. 466-490.

75. Zie R.P.J.L. Tjittes, Het recht op nakoming, *RMThemis* 2001, p. 161-162. Voorts Kerkmeester & Van den Bergh 2004, p. 166.

lijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.⁷

Rechtseconomisch gezien zouden rechtshouders en partijen van deze opening meer gebruik kunnen en moeten maken dan thans het geval is. Partijen zouden ook in hun overeenkomst vaker afspraken kunnen maken over hoe zij omgaan met situaties van efficiënte contractsbreuk.

3.7 Garanties

Hoofdstuk 14 van Klaus Wehrt ziet op garanties (*warranties*). Dit hoofdstuk zal voor een jurist vaak lastig leesbaar zijn door het veelvuldig gebruik van formules en grafieken. Dat is jammer, aangezien het hoofdstuk interessante gedachten bevat en het ook een belangrijk onderwerp betreft. In veel overeenkomsten worden immers garanties opgenomen. Dat geldt voor eenvoudige koopovereenkomsten, maar bijvoorbeeld ook voor overname- en fusieovereenkomsten. Garanties worden dikwijls opgenomen omdat een koper vaak de kwaliteit van een goed (of dienst) niet goed kan inschatten. Dat laatste kan negatief zijn voor de koper, maar ook in het nadeel van de verkoper zijn.

Asymmetrische informatie met betrekking tot de kwaliteit van een product kan immers leiden tot foute aankoopbeslissingen. Er komt dan geen overeenkomst of geen optimale overeenkomst tot stand, terwijl wel een overeenkomst had kunnen/moeten worden gesloten die partijen een hogere welvaart zou hebben opgeleverd.⁷⁶ Uiteindelijk leidt asymmetrische informatie met betrekking tot productkwaliteit, volgens de beroemde theorie van Akerlof, mogelijk ook tot ruimer marktfalen en tot daling van de gemiddelde kwaliteit van goederen en diensten.⁷⁷ Aangezien afnemers geen zicht hebben op de werkelijke kwaliteit van producten, gaan zij uit van gemiddelde kwaliteit en zijn zij ook alleen bereid om daarvoor te betalen. Daarmee worden de producten met een hogere kwaliteit uit de markt gedrukt en vervolgens na daling van de gemiddelde kwaliteit ook de producten van oorspronkelijk gemiddelde kwaliteit. In de rechtseconomie is dus een informatieasymmetrie niet zozeer onwenselijk vanuit het oogpunt van consumentenbescherming, maar omdat dit leidt tot marktfalen.⁷⁸

Ondernemingen met kwalitatief hoogstaande producten kunnen het probleem van dergelijke informatieongelijkheden echter opvangen door het aanbieden van ruime garanties, zoals het bieden van een fabrieksgarantie van drie jaar op een auto of de *reps and warranties* in een overnamecontract.⁷⁹ Bij een garantie garandeert de verkoper een bepaalde kwaliteit en dat heeft als het ware

een verzekeringsfunctie. Indien blijkt dat die verklaarde kwaliteit in een bepaald geval niet aanwezig is, dan is dat voor risico van de verkoper en kan dat leiden tot bepaalde, eveneens gegarandeerde, gevolgen, zoals het verstrekken van een nieuw goed en/of schadevergoeding. Een garantie beschermt de koper derhalve tegen misbruik van informatieongelijkheid door de verkoper, zoals het leveren van een lagere kwaliteit.⁸⁰

Daarnaast wordt volgens Wehrt in de rechtseconomie aangenomen dat een garantie een signaal geeft over de kwaliteit van een goed en dat daarmee de informatieongelijkheid wordt teruggedrongen.⁸¹ Langere garantieperiodes wijzen daarbij op een betere kwaliteit. Als er geen garanties zijn, kunnen kopers geen (minder goed) onderscheid maken tussen aanbieders van goederen van slechte kwaliteit en aanbieders van goederen van goede kwaliteit. Kopers zijn dan eerder geneigd om producten te kopen van de eerste groep aanbieders, aangezien die lagere prijzen zullen hanteren. De tweede groep aanbieders zouden kunnen investeren in advertenties en zo kunnen proberen de potentiële afnemers te informeren over de kwaliteit van het product. De eerste groep kan dat echter ook doen en dan daarbij allerlei verwijzingen naar hun prijs opnemen en stellen dat er een uitstekende prijs-kwaliteitverhouding is. Er is dan voor de koper nog steeds geen onderscheid naar kwaliteit mogelijk.

Een garantie helpt kopers wel en het recht zorgt ervoor dat de garantie ook betrouwbare signalen geeft. Een afnemer durft dan wel geld te besteden aan het kwalitatief betere product. Aangezien een garantie juridisch kan worden afgedwongen, dient de producent/verkoper rekening te houden met de mogelijk kosten die voortvloeien uit een garantie, zoals vervanging of reparatie van het defecte product, het retourneren van de koopprijs of een prijsvermindering. Producenten van goederen met een lage(re) kwaliteit zullen eerder met een gebrekkig product te maken krijgen, en dus met hogere garantiekosten. Het is dus voor producenten van goederen met een hoge(re) kwaliteit goedkoper om via de garantie een signaal te geven. Zij zullen dat ook (vaker) doen en (eerder) een volledige garantie geven. Een gedeeltelijke garantie zullen producenten van goederen met een lage(re) kwaliteit echter ook (kunnen) geven. Wehrt laat zien dat bedrijven met producten van lagere kwaliteit zullen leveren aan klanten die kleine individuele verliezen wel willen dragen, terwijl producenten die hoge kwaliteit nastreven de meer kwaliteitsgevoelige client zullen bedienen. Dat komt overeen met de situatie die zich zou hebben voorgedaan als er geen sprake zou zijn van een informatieongelijkheid tussen partijen.

Wehrt wijst er ook op dat garanties prikkels geven aan producenten om te investeren in kwaliteit. Een producent gaat de garantiekosten immers afwegen tegen de kosten van investering in kwaliteit. Meer kwaliteit betekent minder gebreken, en dus minder beroep op de

76. Kerkmeester & Van den Bergh 2004, p. 170-171.

77. G.A. Akerlof, The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism, *The Quarterly Journal of Economics* 1970, p. 488-500.

78. R.J. Van den Bergh, De Richtlijn Consumentenkoop in rechtseconomisch perspectief, in: J. Smits (red.), *De Richtlijn Consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 81-82.

79. Vgl. R.J. Van den Bergh & L.T. Visscher, Consumer sales law from an economic perspective, in: M. Ebers e.a. (Eds.), *European perspectives on producers' liability. Direct producers' liability for non-conformity and the sellers' right of redress*, München: Sellier 2009, p. 134 e.v.

80. Van Bijnen 2005, p. 127-128.

81. Zie ook R.J. Van den Bergh, Consumentenrecht, in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 124 en 131.

garantie door een koper en minder schade voor de producent. De producent investeert in de kwaliteit zolang het schadeverminderende effect (afname van de garantiekosten) groter is dan de investeringskosten. Hij gaat dus zoeken naar het optimale niveau.

Garanties hebben altijd een beperkte duur. De garantieperiode bestrijkt meestal slechts een deel van de levensduur van een product. Daarnaast hebben garanties geregeld ook nog een beperkt toepassingsbereik. De garantiebepalingen sluiten vaak een bepaald gebruik van het product uit en/of de geldigheid van de garantie wordt afhankelijk gemaakt van de input van de koper. Die bepalingen zijn bedoeld om onder meer gevallen waarin sprake is van agressief gebruik van een product of het niet plegen van onderhoud aan het product (bijvoorbeeld de motor van een auto), buiten de garantie te houden. De beperkte garantie heeft dus te maken met de potentiële invloed van de consument op het product en het ontstaan van gebreken. De bedoeling is om in dergelijke bilaterale situaties ook de afnemer te prikkelen om zorgvuldig te handelen en schade te voorkomen, hetgeen rechtseconomisch wenselijk is.

Overigens lossen garanties (deels) het informatieprobleem van afnemers met betrekking tot de kwaliteit van een aangeboden product op, maar garanties dienen volgens Wehrt niet verplicht te zijn dan wel een verplichte duur te hebben. De (informatie onthullende) werking van garanties wordt onderuitgehaald als er geen keuzevrijheid voor afnemers is. Afwezigheid van keuze sluit ook niet aan bij de voorkeuren van afnemers. Goedkope producten (met een korte garantieperiode) kunnen uit de markt worden gedrukt. Voorts zullen verkopers die worden gedwongen om additionele kosten te maken, dit doorberekenen in de prijs van het product. De wettelijke minimumgarantie van twee jaar op grond van artikel 5 van de Europese Richtlijn 1999/44 inzake consumentenkoop en garanties is deswege niet efficiënt, aldus Wehrt.⁸² Het is zo gezien een goede zaak dat bij het omzetten van de Europese Richtlijn naar Nederlands recht ervoor is gekozen om deze twee jaar niet onverkort op te nemen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

4. Conclusie

De rechtseconomie is in de Verenigde Staten een zeer belangrijk vakgebied. Ze heeft een grote invloed op de juridische besluitvorming. De rechtseconomie is geleidelijk komen overwaaien naar Europa, maar heeft (nog) niet zo'n invloed als in de Verenigde Staten. In de rechtswetenschap in Nederland heeft de rechtseconomie inmiddels wel een vaste plaats verworven, ofschoon ze veel minder wordt aangewend dan in de Verenigde Staten. De rechtseconomie is echter in de rechtspraktijk nog niet sterk doorgedrongen. Het lijkt mij dat het niet zo is dat contractsjuristen niet geïnteresseerd zijn in de economische gevolgen van contractenrecht en dat niet

bij de juridische besluitvorming willen meenemen. De rechtseconomie kan namelijk sterke argumenten verschaffen om een bepaalde richting in te slaan bij het opstellen van contracten of met de ontwikkeling van het contractenrecht. Daarmee kan het niet alleen voor beleidsmakers, maar ook voor rechters, advocaten en contractsjuristen waardevol zijn om van de rechtseconomische inzichten kennis te nemen en op de hoogte te zijn.

Een belangrijke reden waarom zij dat thans nog (steeds) niet doen is – naar mijn inschatting – dat de rechtseconomische literatuur niet makkelijk toegankelijk is. Die literatuur is omvangrijk en grotendeels Engelstalig. Die literatuur is bovendien verspreid over vele bronnen, zoals juridische, economische en interdisciplinaire tijdschriften, boeken en papers. Het is dan ook niet eenvoudig om de relevante publicaties te vinden. Verder is er geregeld sprake van een sterke economische en technische inslag, waarbij soms ook wiskundige formules worden gebruikt. Juristen haken dan al snel af. Er zijn wel enige goede boeken die een algemene inleiding in de rechtseconomie geven, ook in het Nederlands, maar dan wordt in een van de hoofdstukken de rechtseconomische benadering van het overeenkomstenrecht vrij kort aangestipt.

Contract Law and Economics biedt door de opzet van het boek zowel rechtswetenschappers als beleidsmakers en praktijkjuristen een relatief eenvoudige toegang tot de rechtseconomische benadering van het contractenrecht, waarbij vele leerstukken van overeenkomstenrecht worden behandeld en ook de diepte wordt gezocht. Men hoeft niet eerst de omvangrijke en geregeld weerbarstige rechtseconomische literatuur door voordat men een beeld krijgt van de rechtseconomische inzichten met betrekking tot een contractenrechtelijk onderwerp. In dit boek worden namelijk een compleet overzicht en een betrouwbare samenvatting gegeven van de rechtseconomische basisliteratuur, met daarbij veel verdere verwijzingen. Het is eigenlijk een uniek boek. Alleen de *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* is vergelijkbaar, maar daarin worden de onderwerpen veel minder uitgebreid behandeld.

Het boek is doorgaans ook begrijpelijk voor juristen zonder affiniteit met economie en/of (rechts)economische kennis. Het zal bij sommige hoofdstukken echter enige of zelfs behoorlijke moeite kosten om de materie te doorgronden, zoals het hoofdstuk van Klaus Werth over garanties (waarin ook enige formules worden weergegeven). Hier ligt een aandachtspunt voor de redacteur voor de volgende editie van het boek. Indien zou worden getracht de hoofdstukken meer op een gelijk niveau van toegankelijkheid te krijgen, wordt het boek nog beter en wordt een breder publiek bereikt. In dat licht zou het mijns inziens ook goed zijn als er een inleidend hoofdstuk wordt toegevoegd, waarin de basisgedachten van de rechtseconomische benadering van het contractenrecht worden beschreven. De leek op rechtseconomisch terrein kan dan makkelijker de (andere) hoofdstukken doorgronden en de verbanden zien.

82. Zo ook Van den Bergh 2007, p. 131.

Een nadeel voor de Nederlandse lezer is dat veel stukken zijn geschreven vanuit een ‘common law’-perspectief en zijn gebaseerd op Anglo-Amerikaanse recht(sfiguren). De rechtseconomie komt met universele oplossingen, die dus ook toepasbaar zijn in Nederland. Recht verschilt echter van land tot land. De rechtseconomische ideeën worden in het boek geregeld toegepast op rechtsfiguren die wij in het continentaal-Europees recht, en het Nederlandse overeenkomstenrecht in het bijzonder, niet of op een andere manier kennen. Als men de hoofdstukken leest met de mogelijkheid van positief-rechtelijke verschillen in het achterhoofd en zich realiseert dat de rechtsgevolgen naar Nederlands recht niet noodzakelijk hetzelfde zijn, dan kan men echter vaak wel zelf de vertaalslag naar de Nederlandse situatie maken. Die positiefrechtelijke verschillen zijn vaak minder groot dan in eerste instantie lijkt en de rechtseconomische argumenten blijven vaak hetzelfde. Er moet echter wel steeds kritisch door de lezer worden beoordeeld of er verschillen tussen de rechtssystemen bestaan die tot andere conclusies voor de Nederlandse situatie moeten leiden.

Kort en goed, *Contract Law and Economics* is van hoog niveau. Ik kan het iedereen die zich bezighoudt met contractenrecht van harte aanbevelen, ofschoon ik moet bekennen dat ik betwijfel of een praktijkjurist er bij het opstellen van contracten direct iets aan heeft. Voornoemde (beperkte) nadelen wegen zeker op tegen de grote voordelen. Hoewel het boek het mijns inziens waard is, hangt er wel een fors prijskaartje aan. De geïnteresseerde kan echter via het internet alvast kennis nemen van de eerste editie van de *Encyclopedia of Law and Economics*, en dus ook van het deel over contractenrecht: <<http://encyclo.findlaw.com>>. De tweede editie is echter wel uitgebreider en dus is (op lange termijn) het boek nog steeds het aanschaffen waard.