

## Hoofdstuk 3 Contractenrecht

Anne Lafarre, augustus 2026

### 3.1 Inleiding

Bijna elke dag sluit je contracten, vaak zonder erbij stil te staan. Wie online een telefoon bestelt, een kamer huurt, een treinkaartje koopt, een bijbaan aanneemt of een streamingabonnement afsluit, gaat telkens een overeenkomst aan: een afspraak waaraan het recht partijen kan houden. Het contract is daarmee de rechtsfiguur bij uitstek waarmee mensen en ondernemingen vrijwillig, en tot wederzijds voordeel, samenwerken. De negentiende-eeuwse rechtshistoricus Henry Maine vatte de opkomst van deze figuur samen in een beroemd geworden formule; de ontwikkeling van moderne samenlevingen is er een geweest 'van status naar contract'.<sup>1</sup> Terwijl iemands rechten en plichten vroeger grotendeels vastlagen door de stand waarin hij werd geboren (als heer of horige, gildelid of lijfeigene) bepalen mensen die nu voor een groot deel zelf, door de afspraken die zij vrijwillig aangaan.

Waarom leveren zulke vrijwillige afspraken eigenlijk voordeel op? Omdat partijen in de regel alleen ruilen wanneer zij er beiden op vooruitgaan. Een ruil (transactie) verschuift een goed of een prestatie naar degene die er de hoogste waarde aan hecht. Dit is het coöperatief surplus dat wij in hoofdstuk 2 tegenkwamen. Adam Smith bracht die gedachte al in 1776 al onder woorden; wij danken ons avondeten niet aan de welwillendheid van de slager, de brouwer of de bakker, maar aan hun eigenbelang; ieder van hen wordt immers zelf beter van de ruil.<sup>2</sup> Het contractenrecht is het instrument dat deze wederzijds voordelige ruil betrouwbaar en afdwingbaar maakt. Het stelt partijen in staat elkaar te vertrouwen en zich aan hun woord te binden, ook wanneer de een vandaag presteert en de ander pas later. Het goederenrecht bepaalt wie waarover mag beschikken, maar het contractenrecht regelt hoe dit door een transactie van de ene naar een andere partij kan verschuiven.

Voor de rechtseconoom draait het contractenrecht om twee vragen.<sup>3</sup> De eerste is welke afspraken het recht moet afdwingen; houdt de rechter partijen aan elke belofte, of alleen aan sommige, en zo ja, aan welke? De tweede is wat er moet gebeuren wanneer iemand een afdwingbare afspraak toch niet nakomt; op welke remedie kan de benadeelde dan aanspraak maken? Beide vragen laten zich, zo zullen wij zien, langs economische weg beantwoorden met de concepten uit de eerste hoofdstukken, inclusief de gedachte dat een vrijwillige ruil een Pareto-verbetering is, het onderscheid tussen *ex ante* en *ex post*, het marginale denken, het Coase-theorema en de transactiekosten, de speltheorie van het herhaalde spel en de vier vormen van marktfalen.

Voor de ondernemingsrechtjurist is dit hoofdstuk van bijzonder belang. Vrijwel elke transactie waarover de ondernemingsrechtjurist adviseert (een overnameovereenkomst, een financieringsafpraak, een joint venture, een leveranciers- of distributiecontract) is een contract, en de onderneming kan, zoals in hoofdstuk 5 aan de orde komt, vanuit economisch perspectief ook begrepen worden als een soort knooppunt van contracten (*nexus of contracts*).

Dit hoofdstuk bouwt de analyse stap voor stap op. Een overzicht van de onderwerpen:

---

<sup>1</sup> H. Maine, *Ancient Law*, Londen: John Murray 1861, hoofdstuk V: 'the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract'.

<sup>2</sup> A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776).

<sup>3</sup> Deze tweedeling en de meeste voorbeelden in dit hoofdstuk zijn ontleend aan R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics*, hoofdstuk 8 ('An Economic Theory of Contract Law'), § I ('Bargain Theory: An Introduction to Contracts'), p. 276-280.

- Paragraaf 3.2 en 3.3 behandelen de eerste vraag, namelijk welke beloften zijn afdwingbaar? De klassieke *bargain theory* wordt afgezet tegen de economische benadering, en het agency-spel toont waarom afdwingbaarheid beide partijen ten goede komt.
- Paragraaf 3.4 behandelt de tweede vraag, namelijk de remedie bij wanprestatie, met drie schadevergoedingsmaatstaven, de leer van de efficiënte wanprestatie en de prikkel tot voorzorg.
- Paragraaf 3.5 bespreekt het onvolledige contract, met aanvullend en dwingend recht, het hypothetische contract, straf-defaults en het boetebeding.
- Paragraaf 3.6 ordent de reguleringsleerstukken naar de vorm van marktfalen die zij corrigeren.
- Paragraaf 3.7 en 3.8 passen dit toe op de consumentenbescherming (de economie van informatie) en op de precontractuele fase.
- Paragraaf 3.9 behandelt de algemene voorwaarden en de zogenaamde *battle of forms*.
- Paragraaf 3.10 laat zien hoe partijen zich ook buiten het recht binden, via reputatie, het herhaalde spel en verticale integratie, en introduceert het hold up-probleem.

### 3.2 Afdwingbare afspraken

Wanneer is een belofte nu eigenlijk juridisch bindend? De klassieke *bargain theory*, afkomstig uit de Engelse en Amerikaanse *common law*, geeft daarop een duidelijk antwoord.<sup>4</sup> Een belofte is alleen afdwingbaar wanneer zij deel uitmaakt van een *ruil* ('bargain'), je krijgt namelijk iets in ruil voor wat je belooft, en anders niet. Zo'n ruil bestaat volgens deze leer uit drie onderdelen: een aanbod (*offer*), de aanvaarding daarvan (*acceptance*) en een tegenprestatie (*consideration*). Dat laatste begrip, de tegenprestatie, is datgene wat de partij in ruil voor zijn belofte terugkrijgt en maakt zijn belofte bindend. Een voorbeeld om dit duidelijker te maken. Beloof ik jou mijn fiets te verkopen voor €100, dan is er een tegenprestatie: ik krijg jouw €100, jij krijgt mijn belofte/tegenprestatie. Beide partijen geven iets en krijgen iets, en de afspraak is afdwingbaar. Beloof ik je daarentegen mijn fiets zomaar cadeau te doen, dan staat daar niets tegenover: jij hoeft niets te geven. Zo'n zuivere schenkingsbelofte mist een tegenprestatie en is volgens de *bargain theory* dus niet afdwingbaar. Kom ik mijn belofte niet na in dat geval, dan kun jij mij er in beginsel niet toe dwingen.

Niet alle landen werken met het begrip 'consideration'. Een zuivere schenkingsbelofte, die in de *common law* afstuit op het ontbreken van consideration, levert naar Nederlands recht wel een afdwingbare overeenkomst op (de schenking is immers zelf een contract, art. 7:175 BW). Waar zoekt het Nederlandse recht de bindende kracht dan wel? Het hedendaagse Nederlandse contractenrecht rust op wilsovereenstemming. Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan (art. 6:217 BW); dit zijn twee op elkaar aansluitende wilsverklaringen. Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (art. 3:33 BW), terwijl de wederpartij die op een verklaring redelijkerwijs mocht vertrouwen, daaraan bescherming ontleent (art. 3:35 BW). Je merkt wellicht op dat dit dicht in de buurt komt van wat wij in de hoofdstukken 1 en 2 een Pareto-verbetering noemden. Net zoals een vrijwillige ruil beide partijen beter af maakt (anders zouden zij niet instemmen) berust een geldig contract op de instemming van beide kanten.

#### 3.2.1 Tekortkomingen

De *bargain theory* heeft ook tekortkomingen. De theorie is enerzijds te ruim omdat een ruil afdwingbaar wordt geacht, hoe onredelijk of bedrieglijk de voorwaarden voor de transactie ook zijn. Neem bijvoorbeeld een woekeraar die een schuldenaar een lening tegen een veel te hoge rente opdringt. Hier ligt wel een ruil voor, met aanbod, aanvaarding en tegenprestatie, en toch zou geen rechter haar zonder meer afdwingen.<sup>5</sup>

Anderzijds wordt volgens deze theorie soms een belofte niet afgedwongen, terwijl partijen dit wel willen. Je kunt denken aan een vaste offerte ('*firm offer*') of aan een serieuze schenkingsbelofte waarop de ontvanger redelijkerwijs mag vertrouwen en investeren. Laten we zo'n firm offer nader bekijken. Een aannemer die inschrijft op een aanbesteding vraagt zijn onderaannemers om vaste prijsopgaven en calculeert daarmee zijn eigen bod. Wint hij de opdracht, dan wil hij die onderaannemers aan hun opgave houden, want de onderaannemer die zijn 'offerte' intrekt zodra er op hem is gerekend, brengt hem in

---

<sup>4</sup> De *bargain theory of consideration* gaat terug op O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston: Little, Brown 1881, Lecture VII, en is gezaghebbend gecodificeerd in de *Restatement (Second) of Contracts* § 71 (1981). Voor de rechtseconomische duiding zie R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics*, 6e druk, Boston: Pearson 2011, hoofdstuk 8 ('An Economic Theory of Contract Law'), § I.

<sup>5</sup> Dat de *bargain theory* tegelijk 'overinclusive' en 'underinclusive' is, is uitgewerkt bij R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics*, 6e druk, Boston: Pearson 2011, hoofdstuk 8, § I. Naar Nederlands recht kan de woekerovereenkomst worden aangetast wegens misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW).

de problemen.<sup>6</sup> Toch mist die vaste offerte in de strikte leer een tegenprestatie; de aannemer heeft er immers niets tegenover gesteld. Consequent toegepast zou de *bargain theory* haar dus niet afdwingen, terwijl beide partijen bij het sluiten juist bij haar geloofwaardigheid gebaat waren.

Voor beloften waarop de ontvanger redelijkerwijs vertrouwt en investeert, ontwikkelde de Amerikaanse rechtspraak het leerstuk van de *promissory estoppel*.<sup>7</sup> Wie een belofte doet waarvan hij kan voorzien dat de ander erop zal afgaan, en de ander gaat er inderdaad op af, kan aan die belofte worden gehouden, ook zonder tegenprestatie. Economisch gezien beschermt dit leerstuk de relatie-specifieke investeringen (*relation-specific investments*) die de wederpartij doet.

Het Nederlandse recht bereikt vergelijkbare uitkomsten langs een andere weg, en heeft het leerstuk van de *promissory estoppel* daarvoor niet nodig. Voor de *firm offer* geldt dat een aanbod naar Nederlands recht onherroepelijk kan zijn; bevat het een termijn voor aanvaarding, of vloeit de onherroepelijkheid anderszins uit het aanbod voort, dan kan de aanbieder het niet meer intrekken (art. 6:219 lid 1 BW). De onderaannemer die een vaste prijsopgave met een aanvaardingstermijn doet, zit daar dus aan vast, ook zonder dat daar een tegenprestatie tegenover staat. Voor de schenkingsbelofte zagen wij al dat zij als overeenkomst bindt (art. 7:175 BW). En waar een partij bij de ander een gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van een contract heeft gewekt en zo investeringen heeft uitgelokt, biedt de precontractuele aansprakelijkheid naar Nederlands recht de uitkomst; op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid die onderhandelende partijen jegens elkaar in acht moeten nemen (art. 6:2 BW), kan het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar zijn en tot schadevergoeding leiden.<sup>8</sup> Zo beschermt ook het Nederlandse recht de gerechtvaardigde investering die door een toezegging is uitgelokt.

### 3.2.2 Relatie-specifieke investeringen en het hold up probleem

Stel dat toeleverancier A van afnemer B de toezegging krijgt: "bouw een mal die precies onze onderdelen kan maken, dan plaatsen wij bij jou een grote order". Vertrouwend op die toezegging investeert A €100.000 in zo'n mal. Het bijzondere is dat die mal alleen binnen de relatie met B waarde heeft; hij kan uitsluitend de onderdelen van B persen en is buiten die relatie nog hooguit €10.000 aan schroot waard. Van de investering is dus €90.000 'relatie-specifiek', want de waarde bestaat alleen zolang de deal met B doorgaat. Zou de order daadwerkelijk worden geplaatst, dan leveren de onderdelen €150.000 op, zodat de samenwerking per saldo €50.000 aan waarde schept (€150.000-€100.000).

Wat gebeurt er zonder juridische bescherming van de toezegging? Zodra de mal er ligt, weet B dat A buiten deze relatie nog maar €10.000 kan terugverdienen. B kan de afspraak daarom op het laatste moment openbreken en een veel lagere prijs afdwingen; A haalt immers liever iets boven €10.000 binnen dan de mal weg te gooien. Dit wordt ook wel het *hold up*-probleem genoemd. Een vooruitziende A voorziet dit en durft de €100.000 niet te investeren. Het gevolg is dat de mal niet wordt gebouwd, de

---

<sup>6</sup> Het klassieke Amerikaanse voorbeeld is de Amerikaanse zaak *Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958), waarin een onderaannemer aan zijn vaste prijsopgave werd gehouden; zie ook *Restatement (Second) of Contracts* § 87(2).

<sup>7</sup> *Restatement (Second) of Contracts* § 90; het klassieke voorbeeld is *Hoffman v. Red Owl Stores*, 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965), waarin een aspirant-franchisenemer in vertrouwen op toezeggingen investeringen deed die uiteindelijk niet tot een contract leidden.

<sup>8</sup> Art. 6:219 lid 1 BW (herroepelijkheid van het aanbod); art. 7:175 BW (schenking); voor de afgebroken onderhandelingen HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (Plas/Valburg), genuanceerd in HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO), dat een strenge en terughoudende maatstaf voorschrijft. Zie nader Asser/Sieburgh 6-III, *Algemeen overeenkomstenrecht*.

order niet doorgaat, en de €50.000 aan waarde die de samenwerking zou hebben geschapen, verloren gaat. De toezegging was economisch waardevol, maar zonder bescherming durft niemand erop te vertrouwen. Het recht zorgt ervoor dat de transactie wel doorgaat. Komt B niet na nadat hij de investering heeft uitgelokt, dan moet hij A's vertrouwensschade vergoeden; dit is €90.000. Doordat A nu beschermd is, durft hij de mal wel te bouwen, gaat de order door en wordt de €50.000 aan waarde alsnog gerealiseerd.

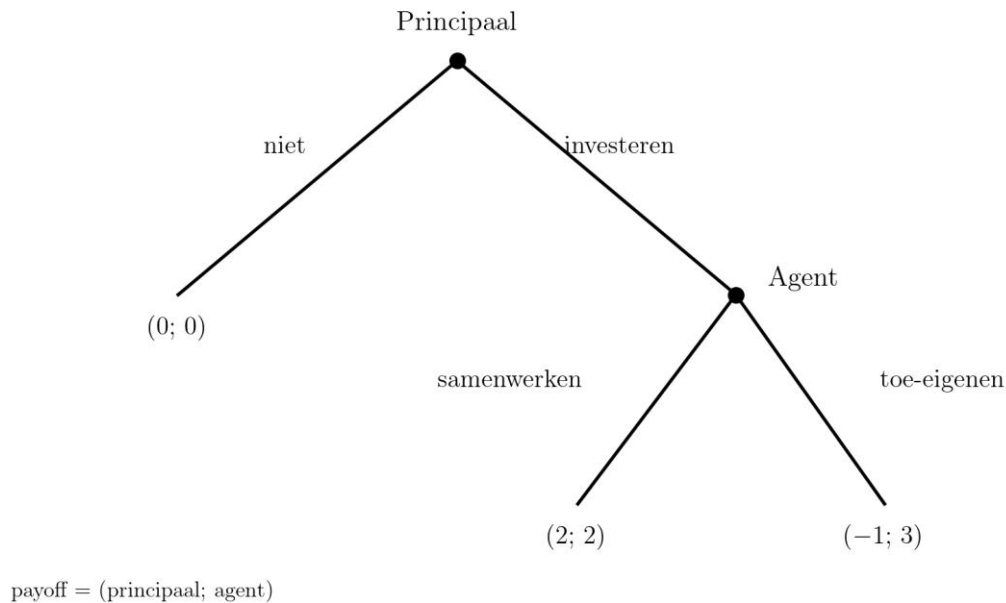
Het hold up probleem ontstaat dus wanneer een partij een investering doet die haar volle waarde alleen binnen deze ene relatie behoudt, een 'relatie-specifieke' investering; Oliver Williamson sprak van de mate van 'asset specificity'. Het klassieke voorbeeld van het hold up probleem is de verhouding tussen General Motors en zijn carrosseriebouwer Fisher Body in de jaren twintig. Fisher moest persen en fabrieken bouwen die speciaal op de modellen van GM waren toegesneden, een sterk relatie-specifieke investering. Toen de vraag naar auto's onverwacht steeg, ontstond volgens de bekende lezing van de zaak wrijving over de prijzen en de vestigingsplaats van de fabrieken, en uiteindelijk nam GM Fisher Body geheel over. Verticale integratie loste het probleem op door beide schakels onder één eigenaar en één gezag te brengen; waar de markt door het hold up-probleem tekortschoot, nam de onderneming (de 'hiërarchie') het over. Dat inzicht, dat de onderneming ontstaat waar contracteren via de markt te duur wordt, bespreken we verder in hoofdstuk 5.

Naast volledige integratie kan het hold up-probleem ook worden opgelost langlopende contracten, zoals we verderop in dit hoofdstuk zien.

### **3.2.3 Het *agency*-spel**

De economische theorie beantwoordt de eerste kernvraag (dus, welke afspraken het recht moet afdwingen) kortgezegd als volgt; een belofte hoort afdwingbaar te zijn wanneer beide partijen dat op het moment van sluiten wensten. Afdwingbaarheid maakt hen dan immers beter af zonder iemand te schaden, een Pareto-verbetering. We bekijken dit nu aan de hand van het *agency*-spel.

Een eerste speler, de principaal, overweegt iets waardevols onder de zeggenschap van een tweede speler, de agent, te brengen. Denk aan een investeerder die geld toevertrouwt aan een ondernemer, een koper die vooruitbetaalt of een spaarder bij een bank. Doet de principaal dat, dan kan de agent samenwerken (produceren en de opbrengst delen) of zich het goed toe-eigenen (louter herverdelen). Zonder afdwingbaar contract is toe-eigening voor de agent de beste zet. De principaal voorziet dit en investeert niet, zodat beiden met lege handen achterblijven, terwijl samenwerking hun beiden voordeel zou hebben opgeleverd, een gevangenendilemma. Figuur 3.1 geeft dit spel weer als een beslisboom.



*Figuur 3.1 Het agency-spel*

Uitleg bij de figuur: De boom wordt van boven naar beneden gelezen. Eerst is de principaal aan zet. Investeert hij niet, dan eindigt het spel meteen met (0; 0). Investeert hij wel, dan is de agent aan zet, die kan samenwerken (payoff 2 voor beiden) of zich het goed toe-eigenen. Bij toe-eigening verliest de principaal zijn inleg (−1) en wint de agent (3). Via terugwaartse redenering kiest de agent zonder afdwingbaar contract voor toe-eigenen ( $3 > 2$ ); de principaal voorziet dat en investeert niet, zodat de uitkomst (0; 0) is, terwijl (2; 2) beiden beter af had gemaakt.

Diezelfde uitkomsten laten zich ook in een payoff-matrix vatten, waarin de principaal kiest tussen vertrouwen en niet vertrouwen en de agent tussen samenwerken en toe-eigenen. Elk paar geeft (principaal; agent):

|                             | Agent: samenwerken | Agent: toe-eigenen |
|-----------------------------|--------------------|--------------------|
| Principaal: vertrouwen      | (2; 2)             | (−1; 3)            |
| Principaal: niet vertrouwen | (0; 0)             | (0; 0)             |

Zonder afdwingbaar contract is de uitkomst (niet vertrouwen; -) met payoff (0; 0). Een afdwingbaar contract dat de agent bij toe-eigening tot schadevergoeding verplicht, keert de zaak om. Stel dat het recht de agent bij toe-eigening dwingt de principaal een schadevergoeding van 4 te betalen. De payoff van toe-eigenen daalt dan voor de agent van 3 naar  $3 - 4 = -1$ , terwijl samenwerken hem 2 blijft opleveren. Nu is samenwerken voor de agent de beste zet, de principaal voorziet dit en vertrouwt, en de niet-coöperatieve uitkomst (0; 0) maakt plaats voor de coöperatieve (2; 2). Hierin ligt een functie van het contractenrecht; het stelt mensen in staat zich *geloofwaardig te binden*, zoals een veldheer die zijn schepen verbrandt om de terugtocht af te snijden en zijn leger zo tot doorzetten geeft een strategische binding die wij in hoofdstuk 1 reeds bij het bespreken van de speltheorie tegenkwamen.

Andere situaties kunnen hierop lijken. Een durfkapitalist die €1 miljoen in een startup steekt om een nieuwe chip te ontwikkelen, vertrouwt erop dat de oprichter het geld niet in eigen zak steekt, en het afdwingbare contract maakt dat vertrouwen mogelijk. Merk op dat het contract niet alleen de agent disciplineert, maar juist daardoor ook de principaal tot investeren beweegt; de eigenlijke winst van de contractuele afdwingbaarheid is de samenwerking die anders nooit tot stand zou zijn gekomen.

### 3.3 Remedie bij wanprestatie

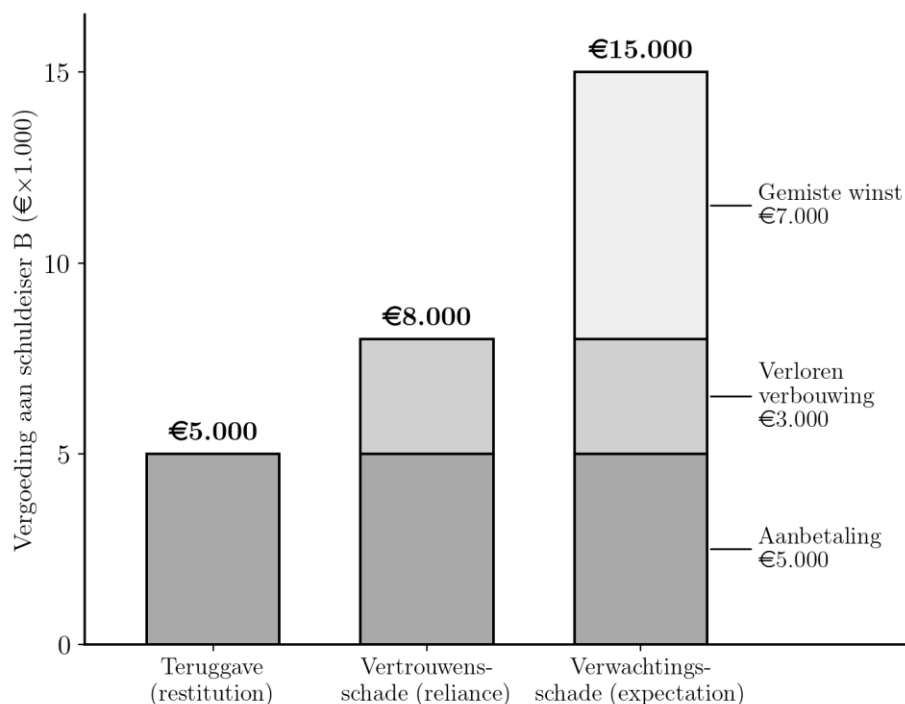
Bij de tweede vraag (*wat moet er gebeuren wanneer iemand een afdwingbare afspraak toch niet nakomt?*) onderscheiden economen in de regel drie maatstaven voor schadevergoeding. De verwachtingsschade (*expectation damages*) plaatst de schuldeiser in de positie waarin nakoming hem zou hebben gebracht (het positief contractsbelang, oftewel ‘*the benefit of the bargain*’). De vertrouwensschade (*reliance damages*) vergoedt de kosten die hij in vertrouwen op de belofte heeft gemaakt en brengt hem zo terug in de positie van vóór het contract (het negatief contractsbelang). De teruggavemaatstaf (*restitution*) ten slotte ontnemt de schuldenaar niet meer dan wat hij ten koste van de ander heeft verkregen. De teruggavemaatstaf heeft daarbij een ander perspectief. De verwachtings- en de vertrouwensschade kijken naar de schuldeiser, namelijk hoe erg is hij eraan toe door de wanprestatie, en welk bedrag brengt hem terug in de positie van wel-nakomen (*expectation damages*) of van nooit een transactie (*reliance damages*). De teruggavemaatstaf kijkt daarentegen naar de schuldenaar en beantwoordt de vraag “hoeveel heeft de schuldenaar ten koste van de ander binnengekregen?”. Wat de schuldenaar door de mislukte transactie in handen heeft gekregen, moet hij teruggeven, niet meer en niet minder.

Een voorbeeld maakt het onderscheid tussen deze drie maatstaven tastbaar. Cateraar B bestelt bij leverancier A een op maat gebouwde en zeer specifieke oven voor €20.000 en betaalt €5.000 aan. In afwachting van de levering laat hij zijn keuken voor €3.000 aanpassen, een uitgave die zonder de oven nutteloos is. Eenmaal geïnstalleerd zou de oven hem in staat stellen extra opdrachten aan te nemen; voor B is de oven €30.000 waard. Vlak voor de levering weigert A na te komen, en nakoming valt niet meer af te dwingen. Wat kan B vorderen? Dat hangt af van de gekozen maatstaf. Onder de verwachtingsschade komt B in de positie waarin nakoming hem zou hebben gebracht. Was nagekomen, dan had hij, na aftrek van de prijs (€20.000) en de keukenaanpassing (€3.000), een oven van €30.000 overgehouden, per saldo een voordeel van €7.000. Nu is hij €8.000 kwijt (de aanbetaling van €5.000 plus de €3.000 verbouwing) zonder iets te ontvangen. Om hem alsnog op +€7.000 te brengen is €15.000 nodig. Dat is zijn verwachtingsschade, die als enige ook zijn gemiste winst omvat. Onder de vertrouwensschade wordt hij slechts teruggebracht in de positie van vóór het contract: hij krijgt de €5.000 aanbetaling en de €3.000 verbouwing vergoed, samen €8.000, terwijl zijn gemiste winst buiten beschouwing blijft. Onder de teruggavemaatstaf ten slotte ontvangt B alleen wat A ten koste van hem heeft verkregen, de aanbetaling van €5.000.

Voor dezelfde situatie leveren de drie maatstaven dus sterk uiteenlopende bedragen op, die de onderstaande tabel samenvat. Elke ruimere maatstaf omvat de vorige maatstaf en voegt er een extra laag aan toe zoals de onderstaande tabel laat zien:

| Maatstaf                         | Wat wordt vergoed                                        | Bedrag  |
|----------------------------------|----------------------------------------------------------|---------|
| Teruggave (restitution)          | De verrijking van de schuldenaar (de aanbetaling)        | €5.000  |
| Vertrouwensschade (reliance)     | + de verloren eigen uitgaven (aanbetaling en verbouwing) | €8.000  |
| Verwachtingsschade (expectation) | + de gemiste winst (het volle positief contractsbelang)  | €15.000 |

Doorgaans is de verwachtingsschade het ruimst, omdat de maatstaf als enige ook de gemiste winst vergoedt; de vertrouwensschade dekt alleen de gedane, verloren uitgaven, en de teruggavemaatstaf niet meer dan de verrijking van de schuldenaar. Figuur 3.2 brengt deze drie maatstaven en hun opbouw verder in beeld.



*Figuur 3.2 De drie schadevergoedingsmaatstaven, toegepast op het ovenvoorbeeld*

Uitleg bij de figuur: elke ruimere maatstaf omvat de vorige en voegt één laag toe. De teruggave dekt de verrijking van de schuldenaar (de aanbetaling van €5.000), de vertrouwensschade daarbovenop de verloren verbouwing (€3.000), en de verwachtingsschade ten slotte ook de gemiste winst (€7.000). Doordat de verwachtingsschade de schuldenaar met de volle waarde van nakoming confronteert, prikkelt zij, zoals hierna blijkt, zowel tot nakoming als tot efficiënte wanprestatie.

Deze gelaagdheid geldt overigens niet altijd. Bij een verliescontract (waarbij nakoming de schuldeiser per saldo geld zou hebben gekost) kan de vertrouwensschade juist groter zijn dan de verwachtingsschade, en wordt zij op die laatste afgetoet om te voorkomen dat de schuldeiser via een omweg van zijn eigen slechte transactie wordt gered. Omgekeerd kan de teruggavemaatstaf de andere twee juist overtreffen wanneer de schuldenaar door zijn wanprestatie een grote winst heeft behaald (winstafdracht).

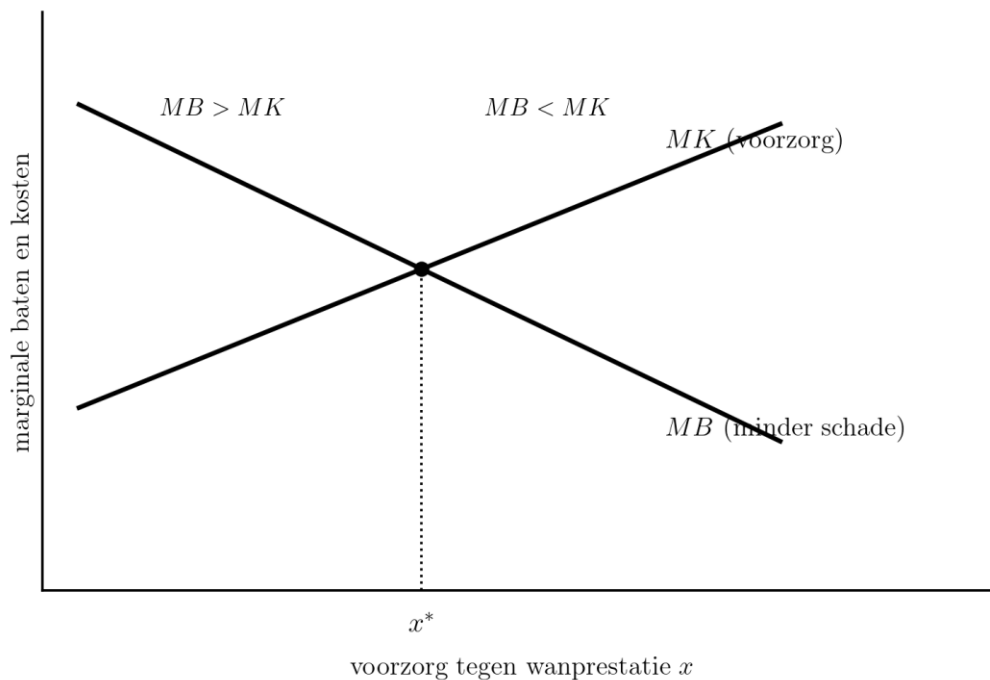
### 3.3.1 Efficiënte wanprestatie

Doorgaans wijst de economie de verwachtingsschade aan als de efficiënte maatstaf, omdat zij tot efficiënte wanprestatie leidt. Nakomen is namelijk soms verspilling. Stel dat een verkoper zich verbindt een machine te leveren aan koper A, die haar op €110 waardeert, voor €100. Voordat wordt geleverd, dient zich koper B aan, die de machine op €130 waardeert. Nakomen jegens A betekent dan dat de machine bij de laagst waarderende partij terechtkomt.

Laten we deze uitkomst stap voor stap narekenen. Breekt de verkoper het contract, levert hij aan B en vergoedt hij A diens verwachtingsschade, dan is A precies zo goed af als bij nakoming. Die verwachtingsschade bedraagt €10, het verschil tussen A's waardering (€110) en de prijs (€100) die hij zou hebben betaald. De verkoper ontvangt €130 van B, betaalt €10 aan A, en houdt netto €120 over, terwijl nakoming jegens A hem slechts €100 zou hebben opgeleverd. De machine gaat naar de hoogst waarderende gebruiker en per saldo ontstaat €20 extra welvaart, en dit is het verschil tussen de waardering van B (€130) en die van A (€110). Omdat de verwachtingsschade hem confronteert met de volle waarde van nakoming voor de schuldeiser, komt de schuldenaar tot de efficiënte keuze: hij komt na wanneer nakomen meer waard is dan het kost, en breekt zijn belofte wanneer het omgekeerde geldt.

Efficiënte wanprestatie betekent overigens niet dat wanpresteren altijd loont, maar alleen dat de verwachtingsschade de schuldenaar tot de juiste keuze brengt. Zou zich geen derde koper B aandienen, maar zou de verkoper eenvoudig een goedkopere afzet vinden waardoor hij de machine liever elders kwijt wil, dan dwingt de plicht om A's verwachtingsschade (€10) te vergoeden hem af te wegen of het alternatief die €10 waard is. Is dat niet zo, dan komt hij na. Breken mag de schuldenaar dus alleen wanneer de waarde die hij elders realiseert het verlies van de schuldeiser overtreft. Zo bezien is de verwachtingsschade geen aansporing tot contractbreuk, maar een filter dat efficiënte breuk toelaat en inefficiënte breuk afremt. Dat verklaart meteen waarom het Nederlandse recht nakoming als hoofdregel vooropstelt en de schuldeiser in beginsel nakoming mag vorderen.

Achter de keuze van economen voor de verwachtingsschade schuilt een dubbele prikkelwerking. De verwachtingsschade als maatstaf stuurt niet alleen de beslissing om na te komen of te breken (de zojuist besproken efficiënte wanprestatie), maar ook de investering in voorzorg tegen wanprestatie. Een leverancier die weet dat hij bij niet-leveren de volle waarde van nakoming moet vergoeden, investeert in preventie (reservevoorraad, onderhoud, een tweede toeleverancier) tot het punt waar een euro extra voorzorg de verwachte schade met minder dan een euro doet dalen. Dat is het efficiëntie-niveau, en dit is dezelfde marginale afweging als de Hand-regel (zie het volgende hoofdstuk) en als het optimum  $MB = MK$  uit hoofdstuk 1. Figuur 3.3 geeft dit weer.



*Figuur 3.3 Het optimale voorzorgsniveau tegen wanprestatie*

Uitleg bij de figuur: De stijgende lijn geeft de marginale kosten van voorzorg weer (elke extra maatregel kost iets meer dan de vorige), de dalende lijn de marginale baten in de vorm van minder verwachte schade. Het efficiënte voorzorgsniveau ligt in  $x^*$ , waar beide elkaar snijden. Links daarvan levert een extra maatregel meer op dan zij kost ( $MB > MK$ ), zodat meer voorzorg loont; rechts kost zij meer dan zij oplevert ( $MB < MK$ ). De verwachtingsschade internaliseert de volledige schade bij de schuldenaar en brengt hem zo naar  $x^*$ .

De volledige verwachtingsschade die de schuldenaar tot de juiste keuzes brengt, ontregelt echter de prikkels van de schuldeiser. Door de schuldenaar de volle schade te laten dragen, wordt de schuldeiser namelijk volledig verzekerd tegen wanprestatie; wat er ook misgaat, hij wordt tot de laatste euro schadeloos gesteld. En een partij die volledig verzekerd is, heeft geen reden meer om bij haar eigen

beslissingen rekening te houden met de kans dat het misgaat. Zo verschuift de volledige verwachtingsschade het prikkelprobleem van de schuldenaar naar de schuldeiser: zij scherpt de prikkels van de eerste aan, maar bot die van de tweede af. De schuldeiser gaat dan te sterk op het contract vertrouwen (*overreliance*) en investeert meer in de verwachte nakoming dan efficiënt is, omdat een ander de rekening draagt als het misgaat.

Stel dat de koper van de machine, erop rekenend dat zij zeker geleverd wordt, alvast een dure fundering giet die alleen voor die ene machine bruikbaar is. Krijgt hij bij niet-levering ook die verzonken kosten volledig vergoed, dan houdt hij bij het gieten geen rekening met de kans dat de levering uitblijft, en investeert hij te veel. Vandaar dat het contractenrecht leerstukken kent die het te vergoeden vertrouwen begrenzen (zoals bijvoorbeeld voorzienbaarheid). Alleen de redelijke, voorzienbare vertrouwensinvestering wordt vergoed, zodat de schuldeiser toch een prikkel houdt niet roekeloos te investeren. In het Nederlandse recht ligt dit o.a. besloten in de artikelen 6:74 e.v. BW; bij een toerekenbare tekortkoming is de schuldenaar tot nakoming of schadevergoeding gehouden, tenzij sprake is van overmacht (artikel 6:75 BW), terwijl de artikelen 6:98 (toerekening) en 6:101 (eigen schuld) de omvang begrenzen.

### 3.3.2 Beperkingen

De leer van de efficiënte wanprestatie is niet onomstreden. Er zijn grofweg twee soorten bezwaren. Het eerste bezwaar is moreel van aard. Een contract is in de kern een belofte, en volgens critici miskent de leer dat je een belofte hoort na te komen; niet omdat het loont, maar omdat je je woord hebt gegeven.<sup>9</sup> De gedachte dat men een afspraak straffeloos mag breken zolang men de schade maar betaalt, doet in deze visie tekort aan de schuldeiser, die recht heeft op de prestatie zélf en niet slechts op de geldswaarde ervan. Sommigen gaan een stap verder en betogen dat het recht, door bij wanprestatie enkel een geldbedrag te eisen, de morele praktijk van het beloven zelf ondergraaft.<sup>10</sup>

Het tweede bezwaar is praktisch. Het model gaat ervan uit dat de schuldeiser zijn volledige verwachtingsschade vergoed krijgt, maar in werkelijkheid gebeurt dat zelden. Proceskosten, bewijsproblemen en schadeposten die de rechter niet meeneemt (denk bijvoorbeeld aan de eigen tijd, moeite en ergernis van de schuldeiser) blijven buiten de vergoeding. Daardoor is wanpresteren voor de schuldenaar in de praktijk goedkoper dan het model veronderstelt, en breekt hij wellicht te snel. Dit verklaart mede waarom sommige jurisdicties de nakoming zelf vooropstellen. Naar Nederlands recht heeft de schuldeiser dan ook in beginsel een recht op nakoming (art. 3:296 BW).

Tegelijk laat de klassieke studie van Fuller en Perdue zien dat de rechtvaardiging van de verwachtingsschade minder vanzelfsprekend is dan zij op het eerste gezicht lijkt.<sup>11</sup> Zij stelden een lastige vraag: waarom zou het recht de schuldeiser meer toekennen dan hij feitelijk heeft uitgegeven, namelijk ook een winst die hij nog niet in handen had? Het economische antwoord luidt dat juist die aanspraak op de winst de schuldenaar de volledige waarde van nakoming laat voelen, en hem zo tot de efficiënte keuze dwingt; een enkel op de gemaakte kosten gerichte (*reliance*-)benadering zou hem te snel laten breken.

---

<sup>9</sup> De opvatting dat het contract in de kern een afdwingbare belofte is, is klassiek verwoord door C. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1981.

<sup>10</sup> S.V. Shiffrin, 'The Divergence of Contract and Promise', 120 *Harvard Law Review* (2007), p. 708-753, die betoogt dat het recht, door enkel de verwachtingsschade te vergoeden, de morele praktijk van het beloven ondermijnt.

<sup>11</sup> L.L. Fuller & W.R. Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages', 46 *Yale Law Journal* (1936-1937), p. 52-96 en 373-420.

Dat veel juridische stelsels de nakoming zelf (dus de specifieke prestatie) als hoofdregel vooropstellen, is onder omstandigheden in lijn met de theorie. Ten eerste kan de rechter de subjectieve waarde die de prestatie voor de schuldeiser heeft, vaak slecht schatten; een recht op nakoming vermijdt dan de waarderingsfouten die bij het begroten van verwachtingsschade onvermijdelijk zijn. Ten tweede hoeft een recht op nakoming de efficiënte uitkomst niet in de weg te staan; zijn de transactiekosten laag, dan kunnen partijen die de prestatie liever afkopen dat alsnog onderling regelen. Kortom, waar nakoming goedkoop is af te dwingen en de waardering moeilijk, verdient een recht op nakoming de voorkeur.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> De klassieke rechtseconomische discussie over de keuze tussen schadevergoeding en nakoming (*specific performance*) is A.T. Kronman, 'Specific Performance', 45 *University of Chicago Law Review* (1978), p. 351-382, en A. Schwartz, 'The Case for Specific Performance', 89 *Yale Law Journal* (1979), p. 271-306.

### 3.4 *Incomplete contracts*

Volgens het Coase-theorema zouden rationele partijen bij afwezigheid van transactiekosten elk risico volledig verdelen. Het 'perfecte contract' anticipeert op elke omstandigheid, laat geen leemten en vergt van de rechter niets dan handhaving naar de letter. Werkelijke contracten zijn echter onvolledig, want bepalingen opstellen voor elke denkbare omstandigheid is te duur. Rationele partijen laten daarom bewust leemten; liever vullen zij die achteraf aan dan dat zij vooraf onderhandelen over een risico dat zich waarschijnlijk niet verwezenlijkt. De vuistregel luidt dat men een leemte laat wanneer de kosten van vooraf regelen hoger zijn dan de kans op de schade maal de kosten van achteraf toedelen. Zo bezien is onvolledigheid geen gebrek, maar vaak een rationele keuze, en het contractenrecht heeft juist tot taak die bewust opengelaten ruimte op een verstandige manier in te vullen.

De wetgever beschikt in de regel over twee instrumenten. Met regelend of aanvullend recht (*default rules*) vult hij leemten op, en partijen mogen daarvan afwijken. Efficiënt is het de leemte te vullen met de bepaling die partijen zelf zouden zijn overeengekomen als zij erover hadden onderhandeld, het 'hypothetische contract'. Goed regelend recht besparen partijen de kosten van onderhandelen; slechte kunnen zij tegen transactiekosten contracteren. Van zulke *default rules* staat het Nederlandse verbintenissenrecht en ondernemingsrecht vol. Boek 2 BW geeft bijvoorbeeld tal van regels die uitdrukkelijk gelden 'tenzij de statuten anders bepalen'. Een sprekend voorbeeld is de overdracht van aandelen in een BV: "Tenzij de statuten anders bepalen" moet een aandeelhouder zijn aandelen eerst aan zijn mede-aandeelhouders aanbieden voordat hij ze aan een derde mag verkopen; dit is de wettelijke aanbiedingsregeling van art. 2:195 lid 1 BW. Op dezelfde voet worden besluiten van de algemene vergadering genomen met volstrekte meerderheid van stemmen, tenzij de wet of de statuten een grotere meerderheid voorschrijven (art. 2:230 lid 1 BW), en komt de winst van de BV in beginsel aan de aandeelhouders toe, tenzij de statuten anders regelen (art. 2:216 BW).

Met dwingend recht (*mandatory rules*) vervangt de rechter daarentegen uitdrukkelijke bepalingen die niet ter vrije beschikking van partijen staan. Aanvullend recht geldt 'tenzij' partijen anders overeenkomen, dwingend recht daarentegen geldt 'ongeacht' wat zij overeenkomen. Waar aanvullend recht transactiekosten bespaart, corrigeert dwingend recht vanuit economisch perspectief marktfalen.

#### 3.4.1 *Straf-defaults*

Een verfining is dat men een leemte soms juist bewust vult met een voor één partij ongunstige 'straf-default' (*penalty default*), om die partij te dwingen haar privé-informatie prijs te geven. De klassieke illustratie uit de rechtseconomie is de Engelse zaak *Hadley v. Baxendale*.<sup>13</sup> Een molenaar liet een gebroken as door een vervoerder naar de fabrikant brengen. Door vertraging van de vervoerder stond de molen dagenlang stil, waarop de molenaar zijn gederfde winst vorderde. De rechter wees die winstderving af; alleen schade die bij het sluiten redelijkerwijs voorzienbaar was komt voor vergoeding in aanmerking, en dat de molen zonder deze ene as helemaal stil zou liggen had de molenaar de vervoerder niet gemeld.

Deze regel werkt als een ongunstige standaard voor de partij met de privé-informatie. Wie een uitzonderlijk hoog belang bij tijdige nakoming heeft, moet dat melden, en betaalt dan wellicht een hogere prijs of neemt extra zekerheden; wie zwijgt, draagt zelf het gevolg. Zo dwingt de default de

---

<sup>13</sup> Deze gedachte van de 'penalty default' (een bewust ongunstige standaardregel die de goed geïnformeerde partij dwingt haar privé-informatie te onthullen) is ontwikkeld door I. Ayres & R. Gertner, 'Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules', 99 *Yale Law Journal* (1989), p. 87-130, met *Hadley v. Baxendale* als kernvoorbeeld. De zaak zelf: *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145.

informatie naar buiten die de tegenpartij nodig heeft om haar voorzorg en prijs op het werkelijke risico af te stemmen. Zou het recht daarentegen als standaard alle schade vergoeden, ook de onvoorziene schade, dan zou de molenaar geen reden hebben iets te melden en zou de vervoerder zijn zorg en tarief niet op de werkelijke risico's kunnen afstemmen.<sup>14</sup>

### 3.4.2 Het boetebeding

Partijen kunnen de remedie ook zelf regelen, en dat werpt een interessante rechtseconomische vraag op. Met een boetebeding (in de common law een '*liquidated damages clause*') spreken zij vooraf af welk bedrag bij wanprestatie verschuldigd is. De voordelen daarvan liggen voor de hand; zulke bedingen besparen de kosten van het achteraf begroten van de schade, geven beide partijen zekerheid en stellen een schuldeiser met een moeilijk te bewijzen belang in staat dat vooraf vast te leggen. Toch gaan de rechtsstelsels er verschillend mee om. De common law dwingt een beding af zolang het een redelijke schatting vooraf van de schade is, maar weigert het als '*penalty clause*' wanneer het bedrag de werkelijke schade ver overtreft en kennelijk tot afschrikking strekt. Achter dat verbod schuilt de gedachte dat een bovenmatige boete de schuldenaar tot inefficiënt vasthouden aan de nakoming dwingt en de efficiënte wanprestatie uit de vorige paragraaf blokkeert. Critici brengen daartegen in dat rationele partijen niet zonder reden een hoge boete overeenkomen; zij kan een geloofwaardig signaal van betrouwbaarheid zijn, of een verzekering tegen moeilijk aantoonbare schade, zodat een rechterlijke toets al gauw hun weloverwogen risicoverdeling doorkruist.

Het Nederlandse recht lijkt te kiezen voor een middenweg die de economische afweging fraai weerspiegelt. Het boetebeding is in beginsel geldig (artikel 6:91 e.v. BW), zodat de vrijheid van partijen om hun risico's zelf te verdelen vooropstaat. Wel kan de rechter een 'buitensporige' boete op verzoek matigen (artikel 6:94 BW) wanneer de redelijkheid en billijkheid dat klaarblijkelijk eist. Zo eerbiedigt het recht de wilsvrijheid en de voordelen van vooraf regelen, en houdt het tegelijk een uitweg open voor de gevallen waarin het beding, bijvoorbeeld door een grote onderhandelingsongelijkheid, tot een uitkomst leidt die geen redelijke partij vooraf zou hebben gewild.

### 3.4.3 Uitleg van contracten

Uitleg is tot slot nauw verwant aan aanvulling. Vanuit rechtseconomisch oogpunt verdient een in beginsel taalkundige (grammaticale) uitleg de voorkeur, omdat die meer zekerheid biedt en de kosten laag houdt; partijen weten dan waar zij aan toe zijn en hoeven minder in bewijs te investeren. Aanvullende, contextuele uitleg loont pas wanneer de baten van de extra informatie tegen de kosten ervan opwegen, bijvoorbeeld wanneer de tekst tot een uitkomst leidt die partijen kennelijk niet hebben gewild. Het Nederlandse recht kent met de Haviltex-maatstaf een gemengde, subjectief-objectieve uitleg en met de cao-norm een objectievere, die past waar veel derden op de tekst moeten kunnen afgaan.

### 3.4.4 Algemene voorwaarden

Standaardcontracten verlagen in de regel de transactiekosten, zeker tussen professionele partijen die vaker contracteren ('*repeat players*', zie paragraaf 3.8). Bij consumenten ligt dat anders. Door marktmacht en informatieasymmetrie kan de consument de waarde van een beding (een uitsluiting van garantie, een arbitrageclausule) over het algemeen slecht inschatten, en onderzoek leert dat weinig consumenten de voorwaarden lezen. Dat niet-lezen is bovendien rationeel gedrag; de kosten van het doorworstelen van de kleine lettertjes overtreffen voor vrijwel elke afzonderlijke consument het met kans gewogen voordeel ervan (rational apathy).

---

<sup>14</sup> Langs artikel 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid, mede aan de hand van de voorzienbaarheid van de schade) lijkt het Nederlandse recht hetzelfde resultaat te bereiken.

Tot inefficiënte voorwaarden hoeft dat echter niet te leiden. Is er voldoende concurrentie en zijn er enkele oplettende, lezende kopers, zonder dat de aanbieder hen van de rest kan onderscheiden, dan ontstaan voorwaarden die ook voor niet-lezers aanvaardbaar zijn. De aanbieder hanteert immers één set voorwaarden voor iedereen; een marginale groep goed geïnformeerde afnemers (of tussenpersonen, recensies en reputatie) controleert en regelt zo de voorwaarden voor de hele markt. Ontbreekt die tucht, bijvoorbeeld omdat niemand leest, de voorwaarden niet in het oog springen of de markt geconcentreerd is, dan is er ruimte voor misbruik, wat extra bescherming rechtvaardigt. In het Nederlandse recht zijn dat de terhandstellingsplicht en de toetsing van onredelijk bezwarende bedingen, met de ‘zwarte’ en ‘grijze’ lijst van bedingen die zonder meer, respectievelijk vermoedelijk onredelijk bezwarend zijn (artikelen 6:233, 6:234 en 6:236–6:237 BW).

### 3.5 Marktfalen

Hoe verder een contract van het perfecte ideaal afstaat, hoe sterker de grond om het te reguleren. Het perfecte contract veronderstelt immers rationele, volledig geïnformeerde partijen die zonder externe effecten en zonder marktmacht met elkaar handelen. Ontbreekt een van die voorwaarden, dan is er, net als bij de markt in hoofdstuk 1, sprake van marktfalen, en biedt dat een economische grond om in te grijpen. De leerstukken die het contractenrecht daarvoor kent, laten zich dan ook fraai ordenen naar de vorm van marktfalen die zij corrigeren. De onderstaande tabel geeft die ordening weer.<sup>15</sup>

| Vorm van marktfalen    | Contractenrechtelijk leerstuk                                          | Nederlands recht (voorbeeld)           |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------|
| Begrensd rationaliteit | handelingsonbekwaamheid, dwang, misbruik van omstandigheden, overmacht | art. 3:32, 3:44, 6:75 BW               |
| Externe effecten       | strijd met de openbare orde of een wettelijke plicht, kartelverbod     | art. 3:40 BW; art. 101 VWEU, art. 6 Mw |
| Informatieasymmetrie   | bedrog, dwaling, mededelings- en onderzoeksplicht                      | art. 3:44 lid 3, 6:228 BW              |
| Marktmacht             | onredelijk bezwarende bedingen (unconscionability, lésion)             | art. 6:233, 6:236–6:237 BW             |

Ten eerste de individuele rationaliteit. Wie onvoldoende stabiele voorkeuren heeft, is handelingsonbekwaam, zoals minderjarigen. Wie onder dwang (duress) of misbruik van een noodsituatie (necessity) heeft beloofd, kan onder de belofte uit, en wordt nakoming door een onvoorziene gebeurtenis onmogelijk, dan biedt de overmacht (impossibility) uitkomst. In het Nederlandse recht herkent men hierin de wilsgebreken en de overmachtsregeling. Ten tweede de externe effecten. Contracten die in strijd komen met de openbare orde of een wettelijke plicht, zoals kartelafspraken, worden niet afgedwongen, en de aansprakelijkheid rust bij de partij die wist of moest weten dat de uitvoering ongeoorloofd was.

Ten derde de informatieasymmetrie. Bedrog (fraud) en dwaling (mistake) tasten de geldigheid aan, en op een partij kan een mededelingsplicht rusten (in de civil law: culpa in contrahendo). Het leerstuk van de dwaling laat zich rechtseconomisch scherp duiden. Wie een schilderij koopt in de (door de verkoper gewekte of niet weggenomen) onjuiste veronderstelling dat het van een beroemde meester is, dwaalt. Of de koop vernietigbaar is, hangt ervan af op wie de last rustte de juiste informatie te verschaffen. Beschikte de verkoper goedkoop over de kennis dat het een kopie betrof en mocht de koper op zijn stilzwijgen afgaan, dan ligt vernietiging voor de hand; de verkoper was dan de goedkoopste vermijder van de dwaling. Ging het daarentegen om een kans die de koper als deskundige had moeten onderzoeken, dan blijft de koop in stand. Zo bepaalt de vraag wie de informatie het goedkoopst had kunnen vergaren de uitkomst. Ten vierde marktmacht. Tegen onredelijke eenzijdige bedingen biedt het leerstuk van de onredelijk bezwarende of onredelijke bedingen bescherming.

---

<sup>15</sup> Deze ordening van de reguleringsleerstukken naar de onderliggende vorm van marktfalen is ontleend aan R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics*, 6e druk, Boston: Pearson 2011, hoofdstuk 8, § IV, Table 8.1 ('Rationality, Transaction Costs, and Regulatory Doctrines of Contract Law'), p. 298. De koppeling aan de Nederlandse leerstukken en wetsartikelen (derde kolom) is een eigen bewerking.

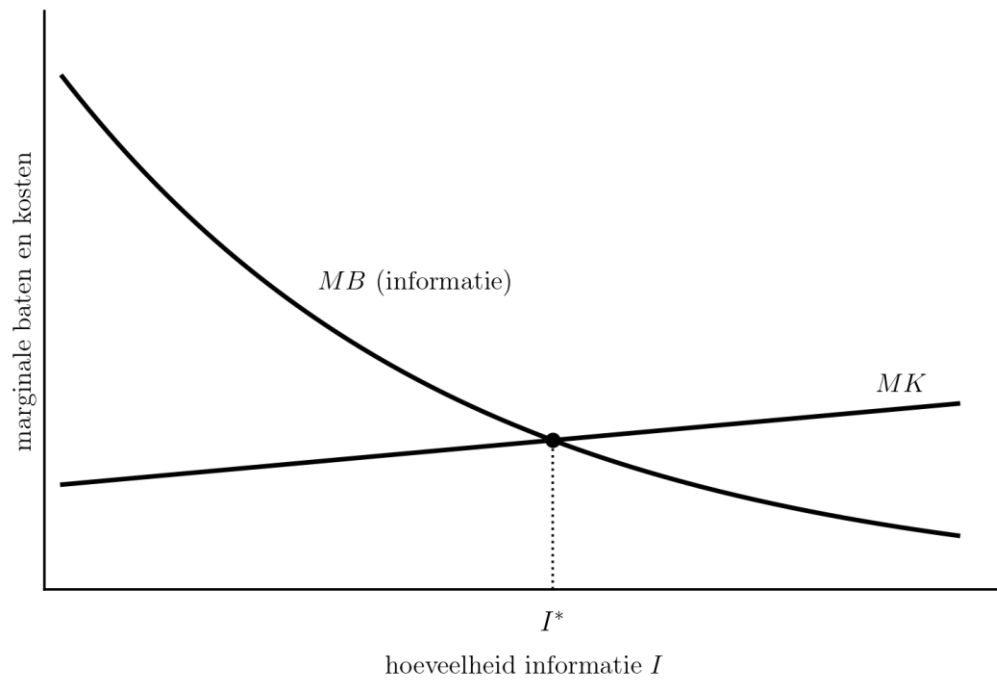
### 3.6 Consumentenrecht en informatie

Tegenover de consument staat in de regel een professionele aanbieder die de kwaliteit van zijn product beter kent. Die informatieasymmetrie leidt tot moral hazard en adverse selection en kan, zoals Akerlof met zijn markt voor citroenen liet zien (hoofdstuk 1), de kwaliteit op een markt omlaag trekken. Hoe ernstig dat is, hangt af van het type goed. Bij zoekgoederen (search goods) valt de kwaliteit vóór aankoop te beoordelen, zoals bij een stuk stof dat men kan bevoelen; bij ervaringsgoederen (experience goods) pas na gebruik, zoals bij een maaltijd in een restaurant; en bij vertrouwensgoederen (credence goods) ook daarna nauwelijks, zoals bij een medische ingreep of een reparatie waarvan de leek de noodzaak niet kan controleren. Naarmate men verder in deze reeks komt, wordt de informatieasymmetrie hardnekkiger en de behoefte aan bescherming groter. Merken kunnen deze kloof deels dichten; een merk is een kwaliteitssignaal en een reputatiepremie die de aanbieder prikkelt de kwaliteit hoog te houden, omdat één misstap zijn reputatie over de hele lijn schaadt. Toch volstaan merken niet altijd.

Het recht kent drie hoofdinstrumenten. Informatieplichten (een verbod op misleidende reclame, voorschriften over prijs, hoeveelheid en etikettering, en, binnen het kapitaalmarktrecht, de prospectusplicht) vergroten de transparantie en de keuzevrijheid. Het doel is niet volledige, maar optimale informatie, want de eerste stukken informatie zijn het waardevolst en verdere informatie kost al gauw meer dan zij oplevert. Bedenktermijnen geven de consument ruimte om voor- en nadelen te overwegen. Vooral bij situatie-gebonden marktmacht (zoals een agressieve verkoopstrategie) of bij verkoop op afstand, waar de consument het goed niet vooraf kan bekijken, is dit zeer zinvol. Er zijn echter ook nadelen (inclusief bijvoorbeeld *moral hazard*, onzekerheid, vertraging), zodat zij zich niet voor veralgemenisering lenen. Kwaliteitsregulering ten slotte (dwingende eisen aan inhoud of kwaliteit, of een verbod van bepaalde bedingen) beperkt de keuzevrijheid en verhoogt de kosten, en past als ultimum remedium. Ook garanties zijn te begrijpen als kwaliteitssignaal; de omvang van de garantie verraadt het vertrouwen van de producent in zijn product en prikkelt hem tot het optimale investeringsniveau.

Bij de informatieplichten stuit de wetgever echter op een tekortkoming die de gedragseconomie in kaart heeft gebracht, namelijk dat meer informatie niet altijd betere informatie is. Verplicht men de aanbieder tot steeds uitvoerigere mededelingen, dan ontstaat 'information overload'. De consument, met zijn begrensde aandacht en verwerkingsvermogen, leest de bladzijden kleine lettertjes niet of raakt erdoor van de wijs, zodat de bescherming haar doel voorbij schiet. De beruchte, ellenlange gebruiksvoorwaarden die iedereen 'aanvinkt' zonder te lezen, illustreren hoe een plicht tot volledige openbaarmaking in de praktijk vaak niets openbaart. Vandaar de verschuiving naar wat men 'slimme' of 'gerichte' openbaarmaking noemt; niet zoveel mogelijk informatie, maar de juiste informatie, op het juiste moment en in een begrijpelijke, vergelijkbare vorm. Denk aan een gestandaardiseerd overzicht van de kernvoorwaarden van een financieel product, of aan een eenduidig energielabel.

Informatie levert de consument een dalende marginale baat op; de eerste, kernachtige gegevens helpen hem het meest, elk volgend detail steeds minder. Daartegenover staan de marginale kosten van het verstrekken, lezen en verwerken. Het optimum is het punt  $I^*$  waar een extra stuk informatie de consument nog net zoveel oplevert als het hem aan aandacht en verwarring kost.



*Figuur 3.4 De optimale hoeveelheid informatie*

Uitleg bij de figuur: De dalende curve geeft de marginale baat van informatie weer: de eerste gegevens zijn het waardevolst, elk volgend stuk levert minder op. De licht stijgende lijn geeft de marginale kosten van verstrekken en verwerken. Het optimum ligt in  $I^*$ , waar beide elkaar snijden. Links daarvan loont extra informatie, rechts overtreffen de kosten (waaronder information overload) de baten. De wetgever streeft dus niet naar volledige, maar naar optimale openbaarmaking.

### 3.7 De precontractuele fase

Al vóór het contract wordt aangegaan, komen er rechtseconomische vragen voor. Onderhandelende partijen investeren vaak in een nog niet gesloten transactie en verhogen daarmee de waarde ervan. Zou het afbreken van onderhandelingen nooit tot aansprakelijkheid leiden, dan durven partijen weinig te investeren en komen minder wederzijds voordelige overeenkomsten tot stand; leidt afbreken juist te snel tot aansprakelijkheid, dan investeert de ene partij te veel en wordt de andere te voorzichtig. De optimale regel prikkelt tot de efficiënte investering. Aansprakelijkheid past wanneer de ene partij bij de ander een gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming heeft gewekt en zo relatie-specifieke investeringen heeft uitgelokt, terwijl de afbreker dat eenvoudig had kunnen voorkomen.

Het Nederlandse recht heeft deze gedachte in een fijnmazige leer neergelegd. Sinds het arrest Plas/Valburg onderscheidt men drie fasen van de onderhandeling, die figuur 3.5 weergeeft. In de eerste fase staat het partijen nog vrij om af te breken. In de tweede mag men nog afbreken, maar moet de afbrekende partij de door de ander gemaakte kosten vergoeden. In de derde, wanneer de wederpartij op de totstandkoming van het contract mocht vertrouwen, is afbreken onaanvaardbaar en kan zelfs het positief contractsbelang (de gemiste winst) worden gevorderd.



*Figuur 3.5 De drie fasen van de precontractuele onderhandeling (Plas/Valburg)*

Uitleg bij de figuur: Naarmate de onderhandeling vordert en het gerechtvaardigd vertrouwen groeit, neemt de bescherming toe. In fase 1 mag men vrij afbreken; in fase 2 mag men afbreken, maar moet men de door de ander gemaakte kosten vergoeden; in fase 3 is afbreken onaanvaardbaar en komt zelfs de gemiste winst (het positief contractsbelang) voor vergoeding in aanmerking. De oplopende bescherming spiegelt de toenemende, gerechtvaardigde investering van de wederpartij.

Dit model is door latere rechtspraak echter genuanceerd. In CBB/JPO oordeelde de Hoge Raad dat het afbreken van onderhandelingen slechts tot vergoeding van het positief belang kan leiden wanneer dat, gelet op het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen van de wederpartij of op de overige omstandigheden, onaanvaardbaar is. Sindsdien is bovendien omstreden of de zelfstandige "tweede fase" (een plicht tot kostenvergoeding terwijl afbreken op zichzelf geoorloofd is) nog geldend recht is; de lagere rechtspraak lijkt deze maatstaf soms nog aan te nemen, maar dan tegen een lichtere maatstaf.

Deze nuancering strookt met de economische analyse. Legt men immers aansprakelijkheid te snel op, dan durft niemand nog vrijblijvend te verkennen en verstart de precontractuele fase; onthoudt men haar geheel, dan durft niemand te investeren. De leer zoekt het midden, waarin de gerechtvaardigde investering wordt beschermd zonder de vrijheid om te onderhandelen te verstikken.

Waarom mag je soms zwijgen over wat je weet, en moet je het soms juist vertellen? Die vraag staat centraal bij de verdeling van informatieplichten in de precontractuele fase en kunnen we illustreren aan de hand van een Amerikaans voorbeeld. In *Laidlaw v. Organ* (1817) had een tabakskoper in New Orleans via een kennis vernomen dat de Oorlog van 1812 door een vredesverdrag was beëindigd, nieuws dat nog niet openbaar was en dat, zodra het bekend werd, de Britse blokkade zou opheffen en

de tabaksprijs sterk zou opdrijven. De koper sloot snel een grote koop zonder dit te melden. Toen de prijs vervolgens omhoog schoot, beriep de verkoper zich op het verzwijgen. Chief Justice Marshall liet de koop in stand; zijn met moeite (of geluk) verworven marktinformatie hoefde de koper niet prijs te geven.<sup>16</sup>

De rechtseconomie verklaart die uitkomst met een onderscheid dat teruggaat op Hirshleifer, namelijk dat tussen 'productieve' en louter 'herverdelende' informatie.<sup>17</sup> Productieve informatie schept nieuwe maatschappelijke waarde; een geoloog die olie opspoot, of een analist die een onderneming doorlicht, zorgt ervoor dat schaarse middelen productiever worden ingezet. Zuiver herverdelende informatie (voorkennis) doet dat niet; dat de oorlog een dag eerder is afgelopen, maakt niet méér tabak, maar bepaalt alleen wie van de prijsstijging profiteert. Toch beschermt het recht soms ook de wederpartij in dat laatste geval, en Kronman legt uit waarom.<sup>18</sup> Beslissend is of de informatie *bewust en tegen kosten* is vergaard dan wel *toevallig en kosteloos*. Wie in het vergaren investeert (de geoloog, de analist, de koper die de markt uitpluist), zou daarmee stoppen als hij de vrucht ervan bij elke transactie moest weggeven; een mededelingsplicht zou de productie van nuttige informatie dus ontmoedigen. Wie daarentegen bij toeval, zonder enige inspanning, weet dat het te verkopen huis door houtworm is aangetast, verspeelt door te zwijgen geen investering en is bovendien de 'goedkoopste vermijder' van de dwaling; op hem past wél een mededelingsplicht. Zo beslist niet de gelijkenis van de gevallen, maar de vraag wie de informatie het goedkoopst kon vergaren en of dat vergaren maatschappelijk nuttig was, of het recht zwijgen toestaat of bestraft.

Meer algemeen verlangt efficiëntie dat de informatiekosten komen te liggen bij de partij die ze het goedkoopst kan dragen: de '*cheapest information gatherer*'.<sup>19</sup> Is de informatie zichtbaar of eenvoudig te achterhalen, dan ligt een onderzoeksplicht op de koper voor de hand; gaat het om onzichtbare gebreken die alleen de verkoper kent, dan is die de goedkoopste vermijder en past een mededelingsplicht.

In Nederland is een overeenkomst vernietigbaar wegens dwaling wanneer zij berust op een onjuiste voorstelling van zaken die aan de wederpartij is toe te rekenen, onder meer doordat deze had moeten mededelen wat zij wist (art. 6:228 lid 1 BW). Sinds Baris/Riezenkamp geldt dat partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de ander, en in Van der Beek/Van Dartel oordeelde de Hoge Raad dat een mededelingsplicht van de goed geïnformeerde partij in beginsel vóórgaat op de onderzoeksplicht van de dwalende; dit is in lijn met de gedachte dat de goedkoopste vermijder de informatie moet aandragen.<sup>20</sup> In dezelfde lijn zijn exonerationen voor verborgen gebreken in beginsel onwenselijk, tenzij daar iets tegenover staat, bijvoorbeeld een navenant lagere prijs waarmee de koper het risico bewust en geïnformeerd op zich neemt; ook de wettelijke conformiteitseis (art. 7:17 BW) legt het risico van onzichtbare gebreken bij de verkoper.

---

<sup>16</sup> *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817).

<sup>17</sup> J. Hirshleifer, 'The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity', 61 *American Economic Review* (1971), p. 561-574, die 'foreknowledge' (zuiver herverdelend) onderscheidt van waardescheppende 'discovery'.

<sup>18</sup> A.T. Kronman, 'Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts', 7 *Journal of Legal Studies* (1978), p. 1-34 (het onderscheid tussen 'deliberately' en 'casually acquired information' en de 'cheapest information gatherer'); zie ook R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics*, 6e druk, hoofdstuk 8, dat *Laidlaw v. Organ* langs deze lijn bespreekt.

<sup>19</sup> A.T. Kronman, 'Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts', 7 *Journal of Legal Studies* (1978), p. 1-34.

<sup>20</sup> Art. 6:228 BW (dwaling en mededelingsplicht); HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp); HR 30 november 1973, NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel), waarin de mededelingsplicht in beginsel prevaleert boven de onderzoeksplicht; voor non-conformiteit art. 7:17 BW.

### 3.8 Informele afdwinging en duurrelaties

Het afdwingen van contracten via de wet of rechter is niet altijd beschikbaar of goedkoop. Procederen kost geld en in sommige gevallen is de overheid zwak of corrupt. Toch komen ook dan veel contracten tot stand, doordat partijen op informele afdwinging leunen. Reputatie is daarvan de belangrijkste. Er is nog een leven na dit ene contract, en wie afspraken schendt, wordt getroffen door verlies van reputatie, roddel en uitsluiting. Dat zijn kosten die opportunistisch gedrag afremmen, zeker in kleinere gemeenschappen en bij grote ondernemingen die reputatieschade vrezen.

De voormalige diamanthandel geeft daarvan een mooi voorbeeld.<sup>21</sup> De sector heeft het overheidsrecht welbewust terzijdegeschoven en er een eigen, particulier stelsel van regels voor in de plaats gesteld. Geschillen worden niet aan de gewone rechter voorgelegd, maar beslecht door arbitragecommissies binnen de eigen beurzen en clubs (in New York de Diamond Dealers Club) die oordelen naar de gebruiken van de handel in plaats van naar het formele recht. Transacties van grote waarde, vaak op krediet of in consignatie (goederen 'op zicht'), worden er gesloten met niet meer dan een handdruk en de traditionele woorden 'Mazel u'Broche' (geluk en zegen); juridisch afdwingbare stukken komen er nauwelijks aan te pas. De naleving wordt dan afgedwongen door reputatie, niet door de wet. Wie een arbitrale uitspraak niet nakomt, riskeert dat zijn naam en foto in de club worden opgehangen en dat hij uit de gemeenschap wordt gestoten, wat in deze wereld gelijkstaat aan het einde van zijn handelscarrière. Dat die sanctie zo krachtig is, komt doordat de gemeenschap klein, gesloten en langs meerdere lijnen verweven is; de handelaren waren van oudsher grotendeels verbonden door familie, religie en etniciteit (orthodox-joodse diamantairs), zij kennen elkaar, doen herhaaldelijk zaken en delen dezelfde sociale kring. Reputatieverlies treft daardoor niet één relatie, maar het hele web van zakelijke én sociale banden tegelijk. Dit maakt de reputatiesanctie sneller, goedkoper en geloofwaardiger dan de gang naar de rechter en verklaart waarom de sector bewust buiten het recht om is gaan opereren.<sup>22</sup>

De speltheorie verklaart waarom deze informele structuren werken, en wel via het herhaalde spel uit hoofdstuk 1; de 'schaduw van de toekomst' maakt samenwerking mogelijk, terwijl dit in een eenmalige ontmoeting zou stuklopen. Wordt het agency-spel niet eenmaal maar herhaald gespeeld, dan loont samenwerken op de lange duur meer dan toe-eigenen, mits de principaal wanprestatie met vergelding beantwoordt. Dat is de strategie 'tit for tat', die samenwerking beloont en toe-eigening bestraft. Zulke duurrelaties kennen echter een 'endgame'-probleem, zoals we ook al eerder hebben gezien; in de laatste ronde valt niets meer te vergelden. Bij strikt rationeel doordenken kan de coöperatie dan, via de terugwaartse redenering (backward induction) uit hoofdstuk 1, zelfs in elke voorafgaande ronde afbrokkelen. Het is dezelfde logica als in de chainstore-paradox: bij een eindig aantal rondes ondermijnt de terugwaartse redenering de samenwerking van achteren naar voren. Dat de samenwerking in werkelijkheid toch vaak standhoudt, verklaart men uit onzekerheid over het type wederpartij, uit een

---

<sup>21</sup> L. Bernstein, 'Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry', 21 *Journal of Legal Studies* (1992), p. 115-157. Dit beeld stamt uit de jaren negentig; sindsdien is het systeem geërodeerd. De handel is verschoven naar Indiase (Jain-)netwerken met hun eigen gemeenschapsinstituten, terwijl internetverkoop, onafhankelijke certificering, nieuwe financiers en een gewijzigde rol van De Beers de onderlinge afhankelijkheid verkleinen. Zie ook zie B.D. Richman, *Stateless Commerce: The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2017.

<sup>22</sup> Barak Richman heeft laten zien dat deze op reputatie gebouwde instituten de betrokken gemeenschap zelfs een blijvend concurrentievoordeel gaven ten opzichte van geïntegreerde ondernemingen. B.D. Richman, 'How Community Institutions Create Economic Advantage: Jewish Diamond Merchants in New York', 31 *Law & Social Inquiry* (2006), p. 383-420. Zie voor vergelijkbaar 'privaat' handelsrecht in andere sectoren L. Bernstein, 'Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions', 99 *Michigan Law Review* (2001), p. 1724-1790.

niet vastgelegd (in beginsel oneindig) aantal rondes, of uit reputatie, factoren die het strikt rationele eindige model niet vat.

Neem twee diamanthandelaren, A en B, die elke periode een transactie kunnen doen. In elke ronde kiest ieder tussen eerlijk handelen en bedriegen (een mindere steen leveren of niet betalen). De opbrengsten per ronde zijn:

| (A; B)       | B: eerlijk | B: bedriegen |
|--------------|------------|--------------|
| A: eerlijk   | (10; 10)   | (5; 14)      |
| A: bedriegen | (14; 5)    | (5; 5)       |

In een *eenmalige* ontmoeting is bedriegen voor elke speler de beste zet: speelt de ander eerlijk, dan levert bedriegen 14 op in plaats van 10; speelt de ander vals, dan is bedriegen (5) niet slechter dan eerlijk (5). Bedriegen is dus de dominante strategie, en beiden belanden op (5; 5), terwijl (10; 10) hun samen veel meer had opgeleverd. Dit is het gevangenendilemma: individueel rationeel gedrag leidt tot de slechtste gezamenlijke uitkomst.

Nu herhalen we het spel, met een ‘grim trigger’-strategie. Deze strategie zegt eigenlijk het volgende; ik handel eerlijk zolang jij dat doet, maar zodra jij één keer bedriegt, handel ik voor altijd oneerlijk. We nemen  $\delta$  als de disconteringsfactor die samenvat hoe zwaar de toekomst meetelt, ofwel hoe geduldig de spelers zijn en hoe groot de kans is dat de relatie een volgende ronde kent ( $\delta$  tussen 0 en 1).

Vergelijk nu de twee opties van handelaar A:

1. **Altijd eerlijk zijn:** 10 per ronde, voor altijd. De contante waarde is  $10 + 10\delta + 10\delta^2 + \dots = 10 / (1 - \delta)$ .
2. **Eén keer bedriegen** (en daarna voor altijd de straf incasseren): 14 nu, en vervolgens 5 per ronde. Dat is  $14 + 5\delta / (1 - \delta)$ .

Blijft A altijd eerlijk, dan ontvangt hij 10 in deze ronde, 10 in de volgende (nu  $10\delta$  waard), daarna  $10\delta^2$ , enzovoort. Zijn totale, gediscoteerde opbrengst is dus de meetkundige reeks  $10 + 10\delta + 10\delta^2 + \dots = 10 / (1 - \delta)$ .

Bedriegt A daarentegen één keer, dan pakt hij nu de hoogste opbrengst, 14. Maar vanaf de volgende ronde straft B hem voor altijd, zodat beiden nog slechts 5 per ronde overhouden. Zijn totale opbrengst is dan 14 nu, plus een eeuwige stroom van 5 vanaf de volgende ronde. Die staart van vijven is opnieuw een meetkundige reeks, maar één ronde later, en telt daarom als  $5\delta + 5\delta^2 + \dots = 5\delta / (1 - \delta)$ . In totaal:  $14 + 5\delta / (1 - \delta)$ .

Eerlijk blijven loont zolang de eerste optie minstens zoveel oplevert als de tweede:  
 $10 / (1 - \delta) \geq 14 + 5\delta / (1 - \delta)$ .

Vermenigvuldig beide kanten met  $(1 - \delta)$ :

$$\leftrightarrow 10 \geq 14(1 - \delta) + 5\delta$$

$$\leftrightarrow 10 \geq 14 - 9\delta$$

$$\leftrightarrow \delta \geq 4/9 \approx 0,44.$$

Zodra de spelers de toekomst voldoende zwaar laten meewegen ( $\delta \geq 0,44$ ), houdt de samenwerking stand zonder rechter of contract; ligt  $\delta$  eronder, dan stort de samenwerking in.

Dezelfde grens is ook logisch te beredeneren. De verleiding om te bedriegen levert eenmalig  $14 - 10 = 4$  op. Daartegenover staat een verlies van  $10 - 5 = 5$  per ronde in alle toekomstige rondes, met contante waarde  $5\delta / (1 - \delta)$ . Bedriegen loont niet zolang  $4 \leq 5\delta / (1 - \delta)$ , en dat is  $\delta \geq 4/9$ .

De ‘schaduw van de toekomst’ moet, met andere woorden, groot genoeg zijn om de winst van vandaag te overtreffen.

In een hechte, gesloten gemeenschap waarin men elkaar telkens weer treft en niemand kan wegvlugten, ligt  $\delta$  dicht bij 1; bij  $\delta = 0,9$  is het toekomstige verlies  $5 \times 0,9 / 0,1 = 45$ , ruim meer dan de verleiding van 4, zodat eerlijkheid oppermachtig is. Opent de markt zich echter (dat betekent dat nieuwe toetreders die zo weer verdwijnen, anonieme internethandel, spelers "less tethered to the future" etc zich voordoen) dan daalt  $\delta$ . Bij  $\delta = 0,3$  is het toekomstige verlies nog maar  $5 \times 0,3 / 0,7 \approx 2,1$ , minder dan de verleiding van 4, en stort de samenwerking in.

Ten slotte de keerzijde die de tekst hierboven ook al noemde; dit resultaat vergt een onbepaalde of oneindige horizon. Weten beide spelers dat ronde N de laatste is, dan valt daar niets meer te vergelden en bedriegt ieder; via terugwaartse redenering rolt de samenwerking dan van achteren naar voren af (de chainstore-paradox uit hoofdstuk 1). Alleen wanneer er telkens een geloofwaardige kans op een volgende ronde is (of onzekerheid over het type wederpartij) blijft coöperatie een evenwicht.

Partijen hebben overigens ook andere technieken ontwikkeld om zich ook buiten het recht te binden. De uitwisseling van ‘gijzelaars’ (middeleeuwse vorsten ruilden kinderen om de vrede te bewaren) werkt het best wanneer de gijzelaar voor de gevecht veel en voor de nederlaag weinig waard is (asymmetrische waardering). Een verwant antwoord is verticale integratie in het mededingingsrecht; wie afhankelijk is van een leverancier van gespecialiseerde onderdelen en hold up vreest, kan die leverancier overnemen. In duurrelaties ontstaan bovendien eigen handelsgebruiken (‘customs in trade’) die soms zelfs afwijken van de geschreven tekst, die vooral voor de ontbinding van de relatie is opgesteld. Alles lost reputatie echter niet op. Ook in langdurige relaties blijft opportunisme mogelijk, zodat formele en informele sancties elkaar aanvullen.

### 3.9 Samenvatting

1. Het contractenrecht beantwoordt twee kernvragen; welke beloften zijn afdwingbaar, en wat is de remedie bij wanprestatie? Beide laten zich langs economische weg beantwoorden met het instrumentarium uit de hoofdstukken 1 en 2.
2. De klassieke bargain theory (aanbod, aanvaarding, tegenprestatie) is tegelijk te ruim en te eng; de economische benadering acht een belofte afdwingbaar wanneer beide partijen dat bij het sluiten wensten, dus wanneer afdwinging ex ante een Pareto-verbetering is.
3. Het agency-spel toont de eerste functie van het contractenrecht: het maakt geloofwaardige binding mogelijk en verandert een niet-coöperatieve uitkomst (niet investeren) in een coöperatieve (investeren en samenwerken). Een afdwingbare schadevergoeding bij toe-eigening keert de prikkel van de agent om.
4. Bij de remedie onderscheidt men verwachtings-, vertrouwens- en teruggaveschade. De verwachtingsschade (positief contractsbelang) is doorgaans de efficiënte remedie: zij leidt tot efficiënte wanprestatie en tot een efficiënt niveau van voorzorg, maar prikkelt de schuldeiser tot overmatig vertrouwen (overreliance), wat de begrenzingen van voorzienbaarheid en schadebeperkingsplicht verklaart.
5. Contracten zijn onvolledig, en dat is vaak rationeel. Aanvullend recht (default rules) vult leemten, idealiter met het hypothetische contract, en bespaart transactiekosten; dwingend recht (mandatory rules) vervangt bedingen en corrigeert marktfalen. Een straf-default, zoals de voorzienbaarheidsregel van Hadley v. Baxendale, dwingt privé-informatie naar buiten.
6. Het (contracten)recht kan worden gelinkt aan marktfalen; begrensde rationaliteit (onbekwaamheid, dwang, overmacht), externe effecten (openbare orde, kartelverbod), informatieasymmetrie (bedrog, dwaling, mededelingsplicht) en marktmacht (onredelijk bezwarende bedingen).
7. Consumentenbescherming is de economie van informatie, met informatieplichten, bedenkttermijnen en kwaliteitsregulering, en met garanties en merken als kwaliteitssignaal. Het onderscheid tussen zoek-, ervarings- en vertrouwensgoederen bepaalt hoe hardnekkig de asymmetrie is; de wetgever streeft niet naar maximale, maar naar optimale informatie.
8. In de precontractuele fase gaat het om optimale investerings- en informatieprikkelers.
9. Buiten het recht binden partijen zich via reputatie, herhaalde spellen (tit for tat), gijzelaars en verticale integriteit; formele en informele sancties vullen elkaar aan.

### 3.10 Oefenvragen

1. (Efficiënte wanprestatie) Een verkoper verbindt zich een machine te leveren aan koper A, die haar op €110 waardeert, voor een prijs van €100. Vóór levering biedt koper B €130; B waardeert de machine dus op €130. Leg aan de hand van de verwachtingsschade uit waarom efficiënte wanprestatie hier tot een hogere totale welvaart leidt, en wie welk bedrag ontvangt.
2. (Efficiënte wanprestatie, cijfermatig) A koopt van V een machine voor €100 en waardeert haar op €140. Vóór levering biedt C €170, die de machine dus hoger waardeert dan A. Wat is de efficiënte uitkomst, hoeveel bedraagt A's verwachtingsschade, en breekt V het contract als hij die schade moet vergoeden?
3. (Schadevergoedingsmaatstaven) V belooft een machine te leveren voor €100. A verwacht er €150 mee te verdienen en heeft al €20 aan voorbereidingskosten gemaakt, waarna V niet nakomt. Bereken A's verwachtingsschade en A's vertrouwensschade, en leg uit welke maatstaf de efficiëntere prikkel geeft.
4. (Agency-spel) Leg met behulp van het agency-spel uit waarom een afdwingbaar contract beide partijen beter af kan maken, ook al bindt het alleen de agent. Betrek in uw antwoord het gevangenendilemma en de geloofwaardige binding.
5. (aanvullend recht)  
Aanvullend (regelend) recht:  
(A) mag door partijen niet worden uitgesloten;  
(B) vult leemten in het contract met de bepaling die partijen vermoedelijk zelf zouden zijn overeengekomen en bespaart zo transactiekosten, terwijl partijen ervan mogen afwijken;  
(C) dient uitsluitend om marktfalen te corrigeren;  
(D) bestaat niet in het Nederlandse recht.
6. (Aanvullend versus dwingend recht) Wat is het verschil tussen aanvullend en dwingend recht, en welk economisch doel dient elk van beide? Geef bij aanvullend recht een voorbeeld van een straf-default (penalty default).
7. (boetebeding)  
Partijen nemen een boetebeding op dat bij niet-levering €1 miljoen verschuldigd maakt, terwijl de werkelijke schade hooguit €50.000 kan bedragen. Wat is correct, rechtseconomisch gezien?  
(A) zulke bedingen zijn altijd efficiënt, want zij bevorderen nakoming;  
(B) een bovenmatige boete kan inefficiënte nakoming afdwingen en efficiënte wanprestatie blokkeren, reden waarom artikel 6:94 BW de rechter een matigingsbevoegdheid geeft;  
(C) boetebedingen raken de prikkels niet;  
(D) de rechter mag een boete nooit matigen.
8. Noem de vier vormen van marktfalen die het contractenrecht reguleert en geef bij elk een leerstuk dat het betreffende falen probeert te corrigeren.
9. (Informatieasymmetrie) Leg aan de hand van Akerlofs 'market for lemons' uit waarom asymmetrische informatie een markt kan doen instorten, en noem twee juridische of contractuele instrumenten die dat tegengaan.
10. (Consumentenbescherming) Leg het verschil uit tussen zoek-, ervarings- en vertrouwensgoederen, en zeg bij welk type de behoefte aan bescherming het grootst is en waarom. Waarom streeft de wetgever niet naar maximale, maar naar optimale informatie?

11. (Precontractuele fase) Beschrijf de drie fasen van de onderhandeling uit Plas/Valburg. Hoe heeft de Hoge Raad die leer in CBB/JPO genuanceerd, en waarom strookt die terughoudendheid met de economische analyse?

12. (Mededelings- versus onderzoeksplicht) Waarom mocht de koper in Laidlaw v. Organ zwijgen over zijn marktkennis, terwijl op de verkoper van een door houtworm aangetast huis wél een mededelingsplicht rust? Betrek het onderscheid tussen productieve en herverdelende informatie.

13. (Algemene voorwaarden) Waarom leest vrijwel niemand algemene voorwaarden, en waarom kan de markt toch deels voor redelijke voorwaarden zorgen? Wanneer schiet dat marktmechanisme tekort, zodat het recht ingrijpt (de grijze en zwarte lijst, artikel 6:236 en 6:237 BW)?

14. (Duurrelaties) Waarom houden veel handelscontracten stand zonder dat partijen ooit naar de rechter stappen? Betrek in uw antwoord de reputatie, het herhaalde spel en de diamanthandel.

15. (Hold up) Leg aan de hand van de begrippen ‘relatie-specifieke investering’ en ‘hold up’ uit waarom een toeleverancier te weinig kan investeren, en noem twee manieren waarop partijen dat probleem proberen op te lossen. Betrek de zaak General Motors / Fisher Body.

16. (Herhaald spel) Twee handelaren spelen elke periode: beiden eerlijk (10; 10), wie als enige bedriegt 14, de bedrogen partij 5, beiden bedriegen (5; 5). Met een grim-triggerstrategie: bij welke disconteringsfactor  $\delta$  blijft eerlijk handelen lonend? Wat gebeurt er bij  $\delta = 0,9$  en bij  $\delta = 0,3$ ? Waarom lukt samenwerking niet in een eenmalig of eindig herhaald spel?

17. (Hold up) Een toeleverancier bouwt een mal die €100.000 kost en binnen de relatie met afnemer X onderdelen ter waarde van €150.000 oplevert; buiten die relatie is de mal €10.000 waard. (a) Hoe groot is het relatie-specifieke deel van de investering en de quasi-rente? (b) Waarom investeert de toeleverancier zonder bescherming mogelijk niet? (c) Welke remedie herstelt de investeringsprikkels, en met welk bedrag?

18. Welke stelling is juist?

I: De verwachtingsschade is altijd minstens zo groot als de vertrouwensschade.

II: Bij een verliescontract wordt de vertrouwensschade afgetopt op de verwachtingsschade.

(A) beide juist;

(B) alleen I is juist;

(C) alleen II is juist;

(D) beide onjuist.

19. (Efficiënte wanprestatie, kritiek) Noem één moreel en één praktisch bezwaar tegen de leer van de efficiënte wanprestatie, en leg uit waarom een recht op nakoming (art. 3:296 BW) tóch met de economische analyse te verenigen is.

20. (Meerkeuze, default rules)

Welke uitspraak is juist?

(A) De aanbiedingsregeling van art. 2:195 lid 1 BW is dwingend recht;

(B) een regel die geldt ‘tenzij de statuten anders bepalen’ is een default rule die de meeste partijen onderhandelingskosten bespaart en waarvan men mag afwijken;

(C) dwingend recht dient om transactiekosten te besparen;

(D) het hypothetische contract is een vorm van dwingend recht.

21. (Firm offer) Leg uit waarom de klassieke bargain theory een ‘firm offer’ niet zou afdwingen, en hoe zowel het Amerikaanse als het Nederlandse recht dit tóch oplossen.

22. Bekijk de volgende stellingen:

I: Volgens de economische benadering is een belofte afdwingbaar wanneer beide partijen dat op het moment van sluiten wensten.

II: De klassieke bargain theory is te eng omdat zij ook onredelijke of bedrieglijke ruilen afdwingt.

(A) Beide juist; (B) alleen I is juist; (C) alleen II is juist; (D) beide onjuist.

23. Bekijk de volgende stellingen:

I: De verwachtingsschade omvat als enige van de drie maatstaven ook de gemiste winst.

II: Omdat de verwachtingsschade de schuldenaar met de volle waarde van nakoming confronteert, leidt zij tot efficiënte wanprestatie.

(A) Beide juist; (B) alleen I is juist; (C) alleen II is juist; (D) beide onjuist.

### *Antwoorden*

1. Nakoming zou de machine bij A brengen (waarde €110); levering aan B brengt haar bij de hoogst waarderende gebruiker (€130). Breekt de verkoper het contract, dan vergoedt hij A diens verwachtingsschade van €10 (het verschil tussen A's waardering €110 en de prijs €100), zodat A precies zo goed af is als bij nakoming. De verkoper levert aan B voor €130. Per saldo stijgt de welvaart met €20 (de machine gaat van een waardering van €110 naar €130). Doordat de verwachtingsschade de verkoper met A's volledige belang confronteert, breekt hij alleen wanneer dat efficiënt is.

2. Efficiënt is levering aan C ( $€170 > €140$ ). A's verwachtingsschade (positief contractsbelang) is  $€140 - €100 = €40$ . V breekt: hij ontvangt €170 van C, vergoedt €40 aan A en houdt netto €130 over, meer dan de €100 bij nakoming. De verwachtingsschade laat dus alleen de efficiënte breuk toe.

3. De verwachtingsschade (het positieve contractsbelang) is de gemiste winst,  $€150 - €100 = €50$ ; zij brengt A in de positie alsof was nagekomen. De vertrouwensschade (het negatieve belang) is de gemaakte kosten, €20; zij brengt A in de positie alsof nooit was gecontracteerd. De verwachtingsschade confronteert V met A's volledige belang en laat daarom alleen efficiënte wanprestatie toe; de vertrouwensschade schrikt wanprestatie onvoldoende af. Wel kan de verwachtingsschade tot overmatig vertrouwen aanzetten (A investeert te veel omdat hij volledig beschermd is), wat de begrenzingen van voorzienbaarheid en schadebeperkingsplicht verklaart.

4. Zonder afdwingbaar contract eigent de agent zich het toevertrouwde goed toe (dat levert hem 3 op tegen 2 bij samenwerken); de principaal voorziet dat en investeert niet, zodat de uitkomst (0; 0) is, terwijl (2; 2) beiden beter af had gemaakt — een gevangenendilemma. Een afdwingbaar contract dat toe-eigening met (bijvoorbeeld) een schadevergoeding van 4 bestraft, verlaagt de payoff van toe-eigenen tot -1, zodat samenwerken voor de agent de beste zet wordt. De principaal vertrouwt nu en investeert: (2; 2). Het contract bindt weliswaar alleen de agent, maar juist die geloofwaardige binding beweegt de principaal tot investeren en maakt zo beide partijen beter af.

5. B.

6. Aanvullend recht vult leemten op met de bepaling die partijen zelf zouden zijn overeengekomen (het hypothetische contract); het bespaart transactiekosten en partijen mogen ervan afwijken.

Dwingend recht corrigeert marktfalen en staat niet ter vrije beschikking van partijen. Een straf-default is de regel dat alleen voorzienbare schade wordt vergoed (Hadley v. Baxendale), die de partij met een ongewoon hoog belang dwingt dat vooraf te melden.

7. B.

8. Begrensde rationaliteit (handelingsonbekwaamheid, dwang, misbruik van omstandigheden, overmacht), externe effecten (strijd met de openbare orde, kartelverbod), informatieasymmetrie (bedrog, dwaling, mededelingsplicht) en marktmacht (onredelijk bezwarende bedingen, unconscionability).

9. Kopers kennen de kwaliteit van het aangeboden niet en betalen daarom een gemiddelde prijs; goede exemplaren zijn dan ondergewaardeerd en verdwijnen van de markt, waarna de gemiddelde kwaliteit verder daalt en de markt in het uiterste geval instort (adverse selection). Instrumenten die dit tegengaan zijn signalering via garanties en keuringen, een mededelings- of informatieplicht, de non-conformiteitsregels, en reputatie of merk.

10. Bij zoekgoederen valt de kwaliteit vóór aankoop te beoordelen, bij ervaringsgoederen pas na gebruik, en bij vertrouwensgoederen ook daarna nauwelijks. De behoefte aan bescherming is het

grootst bij vertrouwensgoederen, omdat de asymmetrie daar het hardnekkigst is en de consument de kwaliteit zelfs achteraf niet kan controleren (denk aan een medische of technische ingreep). De wetgever streeft naar optimale in plaats van maximale informatie omdat informatie een dalende marginale baat heeft: voorbij het optimum  $I^*$  kost een extra stuk informatie (verwerking, information overload) meer dan het oplevert.

11. Fase 1: vrij afbreken. Fase 2: afbreken mag, maar de door de ander gemaakte kosten moeten worden vergoed. Fase 3: bij gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is afbreken onaanvaardbaar en kan zelfs het positief belang worden gevorderd. In CBB/JPO heeft de Hoge Raad dit aangescherpt tot een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf (afbreken is alleen onaanvaardbaar gelet op het gerechtvaardigd vertrouwen of de overige omstandigheden), waarbij het bestaan van de zelfstandige tweede fase omstreden is geworden. Economisch is die terughoudendheid juist: te snelle aansprakelijkheid verstart de vrije verkenning, terwijl het geheel ontbreken ervan de investering ontmoedigt; de leer zoekt het midden.

12. De marktkennis van de koper in Laidlaw is 'productieve' informatie: zij is met kosten of moeite vergaard en stuurt prijzen naar hun juiste niveau. Een mededelingsplicht zou de prikkel om zulke informatie te vergaren wegnemen en is daarom onwenselijk. De houtworm daarentegen is 'herverdelende' informatie: de verkoper kent het gebrek toevallig en kosteloos, en is de goedkoopste vermijder van de dwaling; op hem past dus wel een mededelingsplicht. Beslissend is niet de gelijkenis van de gevallen, maar wie de informatie het goedkoopst kon vergaren en of dat vergaren maatschappelijk nuttig was.

13. Het niet-lezen is rationele onwetendheid: de kosten van lezen overtreffen voor vrijwel elke consument het met kans gewogen voordeel. De markt kan de voorwaarden tóch disciplineren als een marginale groep goed geïnformeerde afnemers (of tussenpersonen, recensies, reputatie) ze bewaakt, want de aanbieder hanteert één set voorwaarden voor iedereen. Zij faalt als niemand de kleine lettertjes leest, als de voorwaarden niet in het oog springen of de markt geconcentreerd is; dan neemt dwingend recht (zwarte en grijze lijst, transparantie, toetsing van onredelijk bezwarende bedingen) het over.

14. Reputatie en het herhaalde spel (tit for tat) maken opportunisme onaantrekkelijk, omdat er leven is ná dit ene contract: de 'schaduw van de toekomst' laat de winst van bedrog wegvallen tegen het verlies van toekomstige samenwerking. In kleine, gesloten gemeenschappen zoals de diamanthandel dwingt uitsluiting uit de kring de naleving af, zodat men transacties van grote waarde met een handdruk sluit. Informele afdwinging kan daar goedkoper en effectiever zijn dan de gang naar de rechter.

15. Wie investeert in iets dat binnen de deal veel meer waard is dan daarbuiten (relatie-specifiek, hoge asset specificity), kan door de wederpartij na de investering worden 'vastgehouden': die eist dan een groter deel van de quasi-rente op. Wie dat voorziet, investeert te weinig. Partijen dempen het probleem met langlopende contracten, wederzijdse 'gijzelaar'-investeringen, na-onderhandelingsclausules of, in het uiterste geval, verticale integratie — zoals de overname van Fisher Body door General Motors, waarbij beide schakels onder één gezag kwamen en de markt door de hiërarchie werd vervangen.

16. Eerlijk blijven levert  $10 / (1 - \delta)$ ; één keer bedriegen levert  $14 + 5\delta / (1 - \delta)$ . Eerlijk loont zolang  $10 / (1 - \delta) \geq 14 + 5\delta / (1 - \delta)$ , oftewel  $10 \geq 14 - 9\delta$ , dus  $\delta \geq 4/9 \approx 0,44$ . Bij  $\delta = 0,9$ : eerlijk 100 tegen bedriegen 59 → samenwerking houdt stand. Bij  $\delta = 0,3$ : eerlijk  $\approx 14,3$  tegen bedriegen  $\approx 16,1$  → samenwerking stort in. In een eenmalig spel domineert bedriegen; in een eindig herhaald spel rolt de terugwaartse redenering (chainstore-paradox) de samenwerking van achteren af. Alleen een onbepaalde of oneindige horizon (of onzekerheid over het type speler) draagt coöperatie.

17. (a) Relatie-specifiek deel:  $\text{€}100.000 - \text{€}10.000 = \text{€}90.000$ ; quasi-rente:  $\text{€}150.000 - \text{€}10.000 = \text{€}140.000$ . (b) Na de investering weet X dat de toeleverancier buiten de relatie nog maar  $\text{€}10.000$  kan verdienen, en kan X de prijs richting  $\text{€}10.000$  drukken (hold up); wie dat voorziet, investeert niet, waardoor  $\text{€}50.000$  aan waarde ( $\text{€}150.000 - \text{€}100.000$ ) verloren gaat. (c) Precontractuele aansprakelijkheid: wordt de toezegging beschermd, dan moet X bij afbreken de vertrouwensschade van  $\text{€}90.000$  vergoeden, zodat de toeleverancier de mal wél bouwt en de  $\text{€}50.000$  aan surplus wordt gerealiseerd.

18. C. Stelling I is onjuist: bij een verliescontract kan de vertrouwensschade de verwachtingsschade overtreffen. Stelling II is juist: om te voorkomen dat de schuldeiser via de vertrouwensschade van zijn slechte transactie wordt gered, wordt zij op de verwachtingsschade afgetopt.

19. Moreel: een contract is een belofte, en de gedachte dat men die straffeloos mag breken zolang men betaalt, miskent dat de schuldeiser recht heeft op de prestatie zelf (en kan de praktijk van het beloven ondergraven). Praktisch: de verwachtingsschade wordt zelden volledig vergoed (proceskosten, bewijsproblemen, niet-vergoede posten), zodat de schuldenaar te snel breekt.

Nakoming is met de theorie verenigbaar omdat zij de waarderingsfouten vermijdt die het begroten van verwachtingsschade meebrengt, terwijl partijen bij lage transactiekosten de prestatie alsnog kunnen afkopen (Coase).

20. B. Art. 2:195 lid 1 BW geldt uitdrukkelijk 'tenzij de statuten anders bepalen' en is dus regelend recht; dwingend recht corrigeert marktfalen (het bespaart geen transactiekosten), en het hypothetische contract is juist de maatstaf voor aanvullend recht.

21. Een vaste offerte mist een tegenprestatie (consideration), zodat de strikte bargain theory haar niet bindend acht, hoewel beide partijen bij de geloofwaardigheid ervan gebaat zijn. Het Amerikaanse recht lost dit op via de promissory estoppel (Restatement (Second) of Contracts § 90); het Nederlandse recht via het onherroepelijke aanbod: bevat het aanbod een aanvaardingstermijn, dan kan het niet worden herroepen (art. 6:219 lid 1 BW), en verder biedt de precontractuele aansprakelijkheid bescherming aan wie gerechtvaardigd op de toezegging vertrouwde.

22. Stelling I/II (afdwingbaarheid): A. De economische benadering knoopt afdwingbaarheid aan de wederzijdse wens bij het sluiten (ex ante Pareto-efficiëntie), en de bargain theory is inderdaad te eng (zij onthoudt afdwinging aan gewenste beloften zonder tegenprestatie) én te ruim (zij dwingt ook onredelijke ruilen af). Beide stellingen zijn juist.

23. Stelling I/II (schadevergoeding): A. De verwachtingsschade omvat als enige de gemiste winst, en juist doordat zij de schuldenaar met de volle waarde van nakoming confronteert, brengt zij hem tot de efficiënte keuze tussen nakomen en breken. Beide stellingen zijn juist.