

Nakoming of schadevergoeding?

Peter van Wijck¹

1. Inleiding

Waarop heeft een koper recht indien een verkoper zijn contractuele verplichting niet nakomt? Over deze vraag wordt in verschillende landen uiteenlopend gedacht. Grosso modo bestaat het beeld dat onder “common law” de schuldenaar een schadevergoeding aan de schuldeiser moet betalen, terwijl onder “continental law” de schuldenaar zijn verplichting in beginsel alsnog moet nakomen. In de praktijk is het onderscheid minder zwart-wit.² En bovendien is de kloof tussen de verschillende stelsels geen statisch gegeven.

Het arrest inzake Multi Vastgoed/ Nethou³ vormt, aldus Tjittes, een verdere slechting van de kloof tussen het Nederlandse en het Anglo-Amerikaanse contractenrecht.⁴ Bij wanprestatie heeft de crediteur in beginsel de keuze tussen nakoming (voor zover dat nog mogelijk is) en schadevergoeding. In het arrest brengt de Hoge Raad een belangrijke, recent door Stolp⁵ bekritiseerde, relativering aan: “De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen”. Tjittes merkt op dat het arrest de toepassing van de theorie van de efficiënte contractbreuk in Nederland mogelijk maakt.

Van efficiënte contractbreuk is sprake indien een contractuele verplichting niet wordt nagekomen en dit de hoogste gezamenlijke welvaart oplevert. Een voorbeeld. Stel dat een producent en een afnemer een overeenkomst zijn aangegaan, waarbij de producent op een afgesproken moment een bepaald goed moet leveren. Na het sluiten van de overeenkomst stijgen de productiekosten zodanig, dat de productiekosten hoger zijn dan de waarde die de afnemer aan het goed hecht. In dat geval zou de gezamenlijke welvaart afnemen indien het goed daadwerkelijk geproduceerd wordt. Vanuit oogpunt van efficiëntie kan dat dus beter achterwege blijven.

Over de vraag welke remedie vanuit oogpunt van efficiëntie de voorkeur verdient, wordt in de internationale literatuur al zo’n 35 jaar gediscussieerd. Die discussie loopt nog steeds. In dit artikel geef ik een schets van de ontwikkeling van de discussie. Verder ga ik na hoe de praktijk in Nederland zich verhoudt tot het denken in de internationale literatuur.

2. Schadevergoeding als prijs van niet-nakoming

In 1897 heeft Justice Holmes het uitgangspunt dat onder common law van toepassing is, als volgt verwoord: “The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else.”⁶ Hoewel er inmiddels de nodige

¹ Universitair docent rechtseconomie aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden en coördinator strategieontwikkeling bij het Ministerie van Justitie. Met dank aan Ben van Velthoven voor opmerkingen bij een eerdere versie.

² Hendrik Lando en Caspar Rose, ‘On the enforcement of specific performance in civil law countries’, *International Review of Law and Economics* 2004, vol. 24, pp. 473-487.

³ HR 5 Januari 2001, NJ 2001, 79.

⁴ Rieme-Jan Tjittes, ‘Het recht op nakoming’, *RM-Themis* 2001, pp. 161-162. Zie ook Ton Hartlief en Rieme-Jan Tjittes, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB* 2001, pp. 1459-1473.

⁵ M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming: de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit*, Deventer: Kluwer 2007. De kritiek van Stolp bespreek ik later.

⁶ O.W. Holmes, ‘The path of the law’, *Harvard Law Review* 1897, vol. X, pp. 457-478, p. 462.

uitzonderingen bestaan, is dit nog steeds de hoofdregel in het Anglo-Amerikaanse contractenrecht.⁷

De schadevergoeding die de schuldenaar moet betalen is, zo gezien, niets anders dan de prijs van het niet leveren van de afgesproken prestatie. Die prijs is van invloed op de vraag of de schuldenaar al dan niet conform de afspraak zal leveren. Die beslissing kan worden geëvalueerd aan de hand van de voor- en nadelen die daarvoor alle betrokkenen aan verbonden zijn. Deze benadering kent een vrij lange traditie. De oudste mij bekende formulering stamt uit 1970 en komt van Birmingham: “Repudiation of obligations should be encouraged where the promisor is able to profit from his default after placing his promisee in as good a position as he would have occupied had performance be rendered.”⁸ Bekender is de formulering van Posner uit 1972: “in some cases a party would be tempted to breach the contract simply because his profit from breach would exceed his expected profit from completion of the contract. If his profit from breach would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and if damages are limited to loss of expected profit, there will be an incentive to commit a breach. There should be.”⁹

Voortbouwend op deze gedachtegang hebben Goetz en Scott als eerste expliciet een “theorie van de efficiënte contractbreuk” geformuleerd. “Generally, breach will occur where the breaching party anticipates that paying compensation and allocating his resources to alternative uses will make him ‘better off’ than performing his obligation. As long as the compensation adequately mirrors the value of performance, this damage rule is ‘efficient’. It induces a result superior to performance, since one party receives the same benefit as performance while the other is able to do even better.”¹⁰ Een regel is efficiënt indien hij leidt tot de grootst mogelijke (verwachte) welvaart van alle betrokken partijen gezamenlijk.

Over de relatie tussen contracten, schadevergoeding bij niet-nakoming en efficiëntie, bestaat inmiddels een uitgebreide literatuur. Deze heeft deels een formeel, wiskundig karakter.¹¹ De kerngedachte is echter eenvoudig. Om te bereiken dat hetzij efficiënte nakoming, hetzij efficiënte contractbreuk plaatsvindt, moet de hoogte van de schadevergoeding zodanig worden vastgesteld, dat de benadeelde na ontvangst van de schadevergoeding evengoed af is als wanneer de overeenkomst gewoon zou zijn nagekomen. In de Engelstalige literatuur staat dit bekend als “expectation damages”. In het Nederlands wordt gesproken van “vergoeding van het positieve contractsbelang”. De leverancier zal dan alleen aan een derde leveren indien die meer voor het desbetreffende goed over heeft dan de oorspronkelijk beoogde afnemer. En hij zal besluiten niet te produceren indien de productiekosten hoger liggen dan de waarde die de afnemer aan het te produceren goed hecht. Er zal dan alleen niet-nakoming plaatsvinden indien er tenminste 1 persoon op vooruit gaat en er niemand op achteruit gaat.

⁷ In een beperkt aantal gevallen kan een schuldeiser alsnog nakoming afdwingen. Daarbij gaat het om gevallen waarin op basis van schadevergoeding geen adequate compensatie kan worden verkregen (*adequacy test*). Te noemen zijn de koop van onroerende zaken en unieke roerende zaken. Zie bijvoorbeeld M. Veldman, ‘Grenzen aan het recht op nakoming’, *WPNR* 2001, pp. 727-738.

⁸ Robert L. Birmingham, ‘Breach of contract, damage measures, and economic efficiency’, *Rutgers Law Review* 1970, vol. 24, pp. 273-292, p. 284.

⁹ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company 1972 (eerste druk), p. 57.

¹⁰ Charles J. Goetz en Robert E. Scott, ‘Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach’, *Columbia Law Review* 1977, vol. 77, pp. 554-594, p. 558

¹¹ Zie bijvoorbeeld Steven Shavell, ‘The design of contracts and remedies for breach’, *Quarterly Journal of Economics* 1984, vol. 99, pp. 121-148. Een informele presentatie is te vinden in B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2007 (vierde druk), pp. 137-145.

3. Schadevergoeding of nakoming?

Het is eenvoudig te bewijzen dat vergoeding van het positieve contractsbelang onder ideaaltypische omstandigheden tot efficiënte nakoming óf efficiënte contractbreuk leidt. Het is een standaard leerstuk dat in praktisch alle inleidingen in de rechtseconomie is opgenomen.¹² Toch stellen verscheidene auteurs dat het uit oogpunt van efficiëntie beter is, indien een schuldeiser kan afdwingen dat een schuldenaar alsnog zijn verplichting nakomt. De achtergrond daarvan is dat de reaaltypische omstandigheden flink van de ideaaltypische kunnen afwijken.

De vraag wordt dan: In welke gevallen zou het uit oogpunt van efficiëntie goed zijn indien een schuldeiser recht heeft op schadevergoeding en in welke gevallen zou hij alsnog nakoming moeten kunnen afdwingen?

In verscheidene publicaties wordt deze vraag behandeld aan de hand van een door Calabresi en Melamed ontwikkeld denkkader.¹³ Calabresi en Melamed maken onderscheid tussen eerste en tweede orde juridische beslissingen. Bij de eerste gaat het om de vraag aan wie een recht (“entitlement”) wordt toegekend. Krijgt bijvoorbeeld individu A het recht om lawaai te maken of krijgt individu B het recht op stilte? De tweede betreft de vraag hoe dat recht beschermd wordt. In het zojuist genoemde voorbeeld kan het recht op stilte worden beschermd met een “property rule” of een “liability rule”. Indien A zonder toestemming van B lawaai maakt, dan maakt een “property rule” het voor B mogelijk, desnoods met hulp van de sterke arm van de overheid, stilte af te dwingen. Een “liability rule” geeft B alleen de mogelijkheid om schadevergoeding af te dwingen.

4. Het belang van transactiekosten

Het denkkader van Calabresi en Melamed leidt tot de conclusie dat “property rules” vanuit efficiëntieoogpunt de voorkeur verdienen in gevallen waarin de transactiekosten laag zijn. Dat wil zeggen dat onderhandelingen tussen de betrokken partijen zonder grote belemmeringen verlopen. Onderhandelingen zullen er dan toe leiden dat de relevante rechten bij die partij terecht komen die er de hoogste waarde aan hecht. Bij hoge transactiekosten kunnen onderhandelingen vastlopen waardoor een potentiële wederzijdsvoordelige ruil niet wordt gerealiseerd. In dergelijke gevallen kunnen “liability rules” uitkomst bieden. A kan dan inbreuk maken op B’s recht en vervolgens de aan B toegebrachte schade vergoeden. Dat kan ertoe leiden dat A beter af wordt zonder dat B er per saldo op achteruit gaat. In dat geval zou een “liability rule” vanuit efficiëntieoogpunt de voorkeur verdienen.

Deze gedachte, die wel wordt aangeduid als de “post-Calabresi-and-Melamed-conventional-wisdom”, staat samengevat in de volgende tabel.¹⁴

Tabel 1. De “post-Calabresi-and-Melamed-conventional-wisdom”

Transactiekosten	Toe te passen regel
Laag	Property rule
Hoog	Liability rule

¹² Om te voorkomen dat een afnemer voorafgaand aan de feitelijke levering wat al te uitbundig investeert vanuit de gedachte dat hij in geval van niet-levering al zijn schade vergoed krijgt, is het wel zaak dat de schadevergoeding beperkt blijft tot de redelijkerwijs verwachte schade. Miceli spreekt in dit verband van “limited expectation damages”. Zie Thomas J. Miceli, *Economics of the Law*, Oxford University Press 1997, p. 75.

¹³ Guido Calabresi en A. Douglas Melamed, ‘Property rules liability rules, and inalienability: One view from the cathedral’, *Harvard Law Review* 1972, vol. 85, pp. 1089-1128.

¹⁴ James E. Krier en Stewart J. Schwab, ‘Property rules, liability rules: the cathedral in another light’, *New York University Law Review* 1995, vol. 70, pp. 440-483, p. 451.

Welke implicatie heeft de analyse van Calabresi en Melamed voor het overeenkomstenrecht? In de sfeer van het overeenkomstenrecht, komt een “liability rule” erop neer dat een schuldenaar die zijn verplichting niet nakomt een schadevergoeding aan de schuldeiser moet betalen. Een “property rule” impliceert dat de schuldenaar alsnog moet nakomen. Doet hij dat niet, dan kan de schuldeiser, zonodig met hulp van de sterke arm, nakoming afdwingen. Zo bezien zou voor gevallen met lage transactiekosten moeten gelden dat een schuldenaar alsnog nakoming kan afdwingen, terwijl in gevallen met hoge transactiekosten een schuldenaar alleen de schade van de schuldeiser moet vergoeden.

De analyse van Calabresi en Melamed suggereert, aldus Kronman, dat het uit efficiëntieoogpunt doorgaans zo is dat de rechten van contractpartijen het beste door een “property rule” beschermd kunnen worden.¹⁵ Een reden hiervoor is dat de partijen al eerder over het contract hebben onderhandeld, zodat de transactiekosten betrekkelijk laag zullen zijn. Dat betekent dus dat een schuldeiser moet kunnen afdwingen dat de schuldenaar zijn verplichting alsnog nakomt.¹⁶ Ulen komt tot een overeenkomstige conclusie: “the level of transaction costs should guide the court in fashioning efficient contract remedies. Where those are low, the court should award specific performance; where they are high, money damages. Since, in general, the transaction costs between contractual parties are low once a contract is formed, the routine remedy for breach should be specific performance”.¹⁷

5. Het belang van informatiekosten

De “post-Calabresi-and-Melamed-conventional-wisdom” is door Krier en Schwab ter discussie gesteld.¹⁸ Ze plaatsen vraagtekens bij de gedachte dat transactiekosten bij heronderhandeling laag zullen zijn en bekritisieren de stelling dat “liability rules” bij hoge transactiekosten de voorkeur verdienen. Zoals er problemen kunnen bestaan bij de onderhandeling tussen twee partijen (hoge transactiekosten), zo kunnen er problemen ontstaan bij het verwerven en verwerken van informatie indien een rechter een geschil moet beslechten (hoge informatiekosten). Daardoor kan de hoogte van te vergoeden schade, een cruciaal punt bij de toepassing van een “liability rule”, afwijken van de werkelijke schade. Dat beïnvloedt ook het gedrag van de partijen, met inefficiëntie als mogelijk gevolg. Onderstaande tabel vat de conclusies van Krier en Schwab samen.

Tabel 2. Conclusies van Krier en Schwab (1995)

		Veronderstelling over schadebepaling door rechter (informatiekosten)	
		Slecht (hoge informatiekosten)	Goed (lage informatiekosten)
Veronderstelling over onderhandelingen (transactiekosten)	Mislukken (hoge transactiekosten)	Geen van beide regels werkt	Liability rule heeft de voorkeur
	Slagen (lage transactiekosten)	Beide regels werken	Beide regels werken

De onderste regel in de tabel gaat over gevallen met lage transactiekosten. Het feit dat zowel de property rule als de liability rule hier uitzicht bieden op een efficiënte uitkomst, is een

¹⁵ Kronmans pleidooi voor property rules lijkt consistent met ideeën over privaatrecht in Nederland. Van Boom merkt op dat liability rules in ons idee over privaatrecht eerder uitzondering dan regel zijn. Willem van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007, pp. 982-991, noot 3.

¹⁶ Anthony T. Kronman, ‘Specific Performance’, *The University of Chicago Law Review* 1978, vol. 45, pp. 351-382, p. 353.

¹⁷ Thomas S. Ulen, ‘The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies’, *Michigan Law Review* 1984, vol. 83, pp. 341-403, p. 370.

¹⁸ Krier en Schwab (1995) bouwen hierbij voort op A. Mitchell Polinsky, ‘Resolving Nuisance Disputes: the simple economics of injunctive and damage remedies’, *Stanford Law Review* 1980, vol. 32, pp. 1075-1112.

directe implicatie van het Coase-theorema.¹⁹ De onderste regel beschrijft een ideaaltypische wereld, waarin partijen op basis van het geldende recht “wrijvingloos” onderhandelen. De bovenste regel beschrijft gevallen waarin de onderhandelingen juist moeizaam verlopen. Als (a) hoge informatiekosten ertoe leiden dat rechters de hoogte van de schade niet goed kunnen vaststellen én (b) hoge transactiekosten ertoe leiden dat partijen niet succesvol kunnen onderhandelen, dan is er op voorhand niets dat een voorkeur voor een “liability rule” rechtvaardigt. Krier en Schwab merken op dat dit in werkelijkheid regelmatig het geval zou kunnen zijn.

Ook Eisenberg heeft recent kritiek uitgeoefend op de theorie van de efficiënte contractbreuk en dan in het bijzonder op de stelling dat “expectation damages” uit oogpunt van efficiëntie de voorkeur verdienen.²⁰ Hij geeft verschillende argumenten waarom de schadevergoeding die de benadeelde ontvangt in de praktijk niet zo hoog is dat hij “even goed af is” als wanneer de overeenkomst gewoon zou zijn nagekomen. Zo blijft de schadevergoeding in het algemeen beperkt tot de redelijkerwijs voorzienbare schade, worden proceskosten doorgaans niet volledig vergoed²¹ en blijft de waarde van de tijd die de benadeelde aan de beslechting van het geschil besteed buiten beeld. Dit pleit er volgens Eisenberg tegen om “expectation damages” als de standaardremedie te hanteren. Hij geeft nog een ander type argument tegen de theorie van de efficiënte contractbreuk en het routinematig hanteren van “expectation damages” als de standaardremedie. Hij stelt dat de efficiëntie van het overeenkomstenrecht niet exclusief wordt bepaald door de wettelijke remedies. De efficiëntie rust naar zijn oordeel op drie peilers, namelijk wettelijke remedies, reputatie-effecten en de internalisatie van normen, in het bijzonder de norm volgens welke beloften moet worden nagekomen. Wanneer de theorie van de efficiënte contractbreuk veelvuldig wordt toegepast, dan ondergraaft dat de kracht van de norm dat beloften moeten worden nagekomen.

6. Productie of overdracht?

Verschillende auteurs zijn ingegaan op de vraag in welke gevallen partijen bij het aangaan van een overeenkomst zullen kiezen voor “specific performance” dan wel voor “damages”? Bij de vraag voor welke remedie partijen bij het sluiten van een overeenkomst zullen kiezen, gaat het om een *ex ante* analyse. Wat is de remedie die moet worden gehanteerd indien zich in de toekomst het geval voordoet waarin de leverancier zijn verplichting niet nakomt?

De eerste publicatie waarin deze vraag centraal staat, is van de hand van Kronman. Hij komt tot de conclusie dat “contracting parties would be more likely to provide for specific performance where the subject matter of their contract is unique, and for money damages where it is not.”²² De kerngedacht is dat schadevergoeding bij unieke goederen voor de benadeelde vaak geen volledige compensatie biedt, waardoor inefficiënte contractbreuk kan optreden. Dit is te voorkomen door voor unieke goederen “specific performance” af te

¹⁹ Het theorema stelt dat het inefficiënte gebruik van schaarse middelen dat het gevolg is van de afwezigheid van private eigendomsrechten, kan worden opgeheven door de eigendomsrechten aan één van de betrokken partijen toe te wijzen; aan wie de eigendomsrechten precies worden toegekend, maakt voor de efficiëntie van de uiteindelijke uitkomst niets uit, zolang de transactiekosten voor de betrokken partijen nihil zijn. R.H. Coase, ‘The problem of social cost’, *Journal of Law and Economics* 1960, vol. 3, pp. 1-44.

²⁰ Melvin A. Eisenberg, ‘Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law’, *California Law Review* 2005, vol. 93, pp. 975-1050.

²¹ In hoeverre partijen hun proceskosten moeten dragen is afhankelijk van de regels die betrekking hebben op de allocatie van proceskosten. Volgens de Amerikaanse regel moeten partijen hun eigen proceskosten betalen, terwijl volgens de continentale regel de verliezende partij in beginsel de proceskosten moet dragen. Zie bijvoorbeeld: Peter van Wijck en Ben van Velthoven, ‘An economic analysis of the American and the continental rule for allocating legal costs’, *European Journal of Law and Economics* 2000, vol. 9, pp. 115-125.

²² Kronman (1978), p. 365.

spreken. Met unieke goederen doelt hij op goederen waarvoor geldt dat het moeilijk is om goede substituten te vinden.

Schwartz heeft hier tegen ingebracht dat schadevergoeding ook bij niet-unieke goederen vaak tot onvolledige compensatie zal leiden.²³ Dat is het geval indien schadevergoeding ontoereikend is om een goed te kopen dat equivalent is aan het oorspronkelijke goed.

Ook door Ulen is een belangrijke kanttekening bij de analyse van Kronman geplaatst. Het gaat het niet zozeer gaat om de vraag of de overeenkomst betrekking heeft op een uniek goed, maar om de vraag of de afnemer een hoge subjectieve waarde aan de prestatie hecht. “If contracting parties were free to specify *any* remedy that was mutually agreeable, they would be likely to opt for specific performance rather than damages where the promisee attached some particular *subjective valuation* to the promisor’s performance”. In gevallen waarin een afnemer een hoge subjectieve waarde aan de prestatie hecht, dreigt schadevergoeding tot inefficiënte contractbreuk te leiden.²⁴

Behalve het door Ulen geïdentificeerde aspect, de hoogte van de subjectieve waardering van de prestatie, wordt in de literatuur ingegaan op problemen die kunnen ontstaan bij de productie van de te leveren prestatie. In een recente publicatie komt Shavell tot de conclusie dat partijen bij overeenkomsten waarbij een partij iets moet produceren zullen kiezen voor “expectation damages”; indien de schuldenaar zijn verplichting niet nakomt moet hij het positieve contractbelang vergoeden.²⁵ Bij overeenkomsten waarbij een goed moet worden overgedragen zullen ze juist opteren voor “specific performance”; indien een schuldenaar zijn verplichting niet nakomt kan de schuldeiser afdwingen dat de verplichting alsnog wordt nagekomen.

Tabel 3. Conclusies van Shavell (2006)

Type prestatie	Te verkiezen remedie	Nederlands equivalent
Productie	Expectation damages	Vergoeding van het positieve contractbelang
Overdracht “bestaand goed”	Specific performance	Nakoming afdwingbaar

De redenering komt op het volgende neer.

Bij overeenkomsten waarbij een partij iets moet produceren, bestaat het risico dat de productiekosten flink stijgen tussen het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten en het moment van productie. Daardoor kan het zo zijn dat de productiekosten hoger zijn dan de waarde die de afnemer aan het goed hecht. Productie zou dan inefficiënt zijn. “Specific performance” zou ertoe leiden dat de producent conform de afspraak produceert en levert. Een inefficiënte uitkomst. Bij “expectation damages” zal de producent er echter voor kiezen om niet te produceren en de schuldeiser door middel van een schadevergoeding schadeloos stellen. Een efficiënte uitkomst. Deze redenering laat zien dat op het moment van het sluiten van een overeenkomst het verwachte ruilvoordeel voor de partijen gezamenlijk het grootst is, indien de schuldenaar bij niet-nakoming een schadevergoeding moet betalen.

Bij overeenkomsten waarbij een partij een bestaand goed moet overdragen aan een andere partij, ligt de zaak anders. Vanzelfsprekend zit de onzekerheid hier niet in de hoogte van de productiekosten, er wordt immers niet geproduceerd. De onzekerheid zit hier in de vraag of er een “hoog” bod van “een derde” komt. In principe leiden beide remedies tot een efficiënte uitkomst. Een reden waarom “specific performance” in dit geval toch beter scoort

²³ Alan Schwartz, ‘The case for specific performance’, *Yale Law Journal* 1979, vol. 89, pp. 271-306.

²⁴ Thomas S. Ulen, ‘The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies’, *Michigan Law Review* 1984, vol. 83, pp. 341-403, p. 375.

²⁵ Steven Shavell, ‘Specific performance versus damages for breach of contract: an economic analysis’, *Texas Law Review* 2006, vol. 84, pp. 831-876.

dan “expectation damages”, is gelegen in het feit dat rechters de waarde die de koper aan het goed hechten, kunnen onderschatten. Dat zou ertoe leiden dat een “te lage” schadevergoeding wordt vastgesteld, waardoor inefficiënte contractbreuk op kan treden.

De reden waarom partijen bij overeenkomsten waarbij een partij iets moet produceren zullen kiezen voor “expectation damages” is duidelijk: op deze wijze kan worden voorkomen dat een overeenkomst wordt nagekomen terwijl de productiekosten hoger zijn dan de waarde die de afnemer aan het desbetreffende product hecht. Daarop aansluitend formuleert Shavell zijn conclusie (verstopt in voetnoot 3) op een alternatieve wijze: Partijen zullen geneigd zijn te kiezen voor “expectation damages” voor die gevallen waarin de reden voor niet-nakoming is gelegen in hoge kosten (hetgeen alleen het geval kan zijn bij overeenkomsten waarbij een partij iets moet produceren), terwijl ze geneigd zullen zijn te kiezen voor “specific performance” voor die gevallen waarin de reden voor niet-nakoming is gelegen in een bod van een derde partij (hetgeen zowel het geval kan zijn bij overeenkomsten een goed geproduceerd moet worden als bij overeenkomsten waarbij een bestaand goed moet worden overgedragen).

7. Ex ante versus ex post

De *ex ante* analyse leidt tot de conclusie dat partijen bij overeenkomsten waarbij een partij iets moet produceren zullen kiezen voor “expectation damages”; bij overeenkomsten waarbij een goed moet worden overgedragen zullen ze juist opteren voor “specific performance”. Valt er desalniettemin iets voor te zeggen om de schuldeiser *ex post*, dus wanneer de schuldenaar zijn verplichting niet nakomt, de mogelijkheid te geven om voor de andere remedie te kiezen? Shavell beargumenteert dat dit in het algemeen niet zo is. Bij overeenkomsten waarbij een partij iets moet produceren, zou *ex ante* worden gekozen voor “expectation damages”. *Ex post* is er geen goed argument om alsnog voor “specific performance” te kiezen. De schuldenaar zou daardoor een in positie kunnen worden gebracht, waarbij hij alsnog moet produceren terwijl de productiekosten de waarde van het goed overtreffen. En dat is inefficiënt. Bij overeenkomsten waarbij een partij een bestaand goed moet overdragen aan een andere partij, zou *ex ante* worden gekozen voor “specific performance”. Ook *ex post* zal de schuldeiser dat kiezen. Echter, voor die gevallen waarin zowel “specific performance” als “damages” tot een efficiënte uitkomst leiden, zouden de partijen er baat bij hebben indien die remedie wordt toegepast die met de laagste uitvoeringskosten gepaard gaat.

Levy beargumenteert dat inefficiëntie dreigt te ontstaan indien een schuldeiser *ex post* de keuze heeft tussen het eisen van nakoming of schadevergoeding.²⁶ De redenering komt op het volgende neer. Er verstrijkt tijd tussen het moment van niet-nakoming en het moment waarop een rechter uitspraak doet in een geschil. In die tijd kan de waarde van de beoogde prestatie toe- of afnemen. De schuldeiser kan hiervan gebruik maken. Indien de schuldeiser nakoming afdwingt, dan krijgt hij daarmee op het moment van de uitspraak de prestatie die op dat moment een bepaalde waarde vertegenwoordigt. Indien hij schadevergoeding eist, dan krijgt hij de schade vergoed die hij op het moment van contractbreuk geleden heeft. Dat zal ertoe leiden dat de schuldeiser nakoming zal eisen indien de waarde van de prestatie toegenomen is, terwijl hij schadevergoeding zal eisen indien die waarde gedaald is. Een consequentie is dat de schadevergoeding “overcompenserend” kan zijn.

Recent is door Van Bijnen ingegaan op de, eerder ook door auteurs als Kronman, Ulen en Shavell behandelde, vraag welke remedie partijen bij het aangaan van een overeenkomst zullen kiezen. Hij is van mening dat (met name kleine) partijen op voorhand zullen afspreken die remedie te hanteren die achteraf bezien (*ex post*) het meeste welzijn oplevert. Hij spreekt

²⁶ Jonathan Levy, ‘Against supercompensation: a proposed limitation on the land buyer’s right to elect between damages and specific performance as a remedy for breach of contract’, *Loyola University Chicago Law Review* 2004, vol. 35, pp. 555-602.

van “*de ex post meest efficiënte remedie*”.²⁷ Om te bepalen welke remedie dat is, moet worden nagegaan welk alternatief de laagst mogelijke totale kosten met zich brengt. In het licht van de conclusies uit de hiervoor besproken literatuur, is deze mening moeilijk te plaatsen. Bij het sluiten van een overeenkomst bestaat er altijd onzekerheid over de vraag of er voor de schuldenaar aanleiding zal zijn om zijn verplichting niet na te (willen) komen. Het gedrag van de schuldenaar is afhankelijk van de remedie die bij niet-nakoming van toepassing is. Dit gegeven zal, aldus de analyses van Kronman, Ulen en Shavell, een rol spelen wanneer partijen bij het aangaan van een overeenkomst ook de remedie vastleggen. Op deze wijze kan de efficiënte remedie worden bepaald, dat wil zeggen de remedie waarmee het verwachte gezamenlijke ruilvoordeel worden gemaximaliseerd. Daarbij gaat het, zoals eerder aangegeven, om een *ex ante* benadering. Door uit te gaan van een *ex ante* benadering wordt vermeden dat alleen wordt gekeken naar het minimaliseren van de kosten nadat de schuldenaar zijn verplichting niet is nagekomen. Er moet ook worden gekeken naar de prikkels die van invloed zijn op het al dan niet nakomen. Bij het zoeken naar de efficiënte remedie is dit cruciaal.

8. Aanvullend recht

Bij de besproken remedies gaat het overigens om regels van aanvullend recht, om “default rules”. Partijen kunnen er voor kiezen om bij het sluiten van een overeenkomst expliciete afspraken te maken die van die regels afwijken. Of partijen ook daadwerkelijk expliciete afspraken zullen maken, hangt af van een aantal factoren.

Een complicatie die zich voordoet bij afspraken die afwijken van regels van aanvullend recht, is dat het nog maar de vraag is of een rechter die afspraken *ex post* bindend zal achten. Door deze onzekerheid kunnen partijen afzien van het maken van een dergelijke afspraak.

Aan het onderhandelen over afspraken die afwijken van de regels van aanvullend recht zijn transactiekosten verbonden. Als die transactiekosten te hoog zijn, dan zullen die expliciete afspraken niet gemaakt worden. Voorzover er wel daadwerkelijk afspraken worden gemaakt, doen de kosten die gemaakt zijn voor het onderhandelen afbreuk aan de maatschappelijke welvaart.

Deze laatste constatering heeft vele auteurs op de gedachte gebracht dat regels van aanvullend recht zo veel mogelijk moeten lijken op hetgeen partijen zelf zouden hebben afgesproken. De meeste partijen kunnen dan afzien van het maken van expliciete afspraken waardoor transactiekosten worden bespaard. Dergelijke regels worden wel aangeduid als “majoritarian defaults”.

Ayers en Gertner hebben betoogd dat dit uit efficiëntie-oogpunt niet per definitie de juiste keuze is. Zogenaamde “penalty defaults” kunnen beter uitpakken.²⁸ Daarbij doelen ze op regels van aanvullend recht die zodanig worden vastgesteld dat tenminste één partij wordt geprikkeld om aan te sturen op het maken van een expliciete afspraak. De kerngedachte is als volgt. Indien de rechter *ex post* moet vaststellen “wat partijen zouden hebben afgesproken” dan zijn daar kosten aan verbonden. Indien het goedkoper is wanneer partijen *ex ante* expliciete afspraken maken dan wanneer de rechter *ex post* moet bepalen wat partijen zouden hebben afgesproken, dan zouden “penalty defaults” efficiënt zijn. Johnston heeft tegen deze

²⁷ R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, Proefschrift Universiteit van Tilburg, 2005, p. 269 ev.

Gegeven de in dit artikel gehanteerde terminologie is het overigens een pleonasme om te spreken van “de meest efficiënte remedie”. Efficiëntie duidt immers op het maximale gezamenlijke ruilvoordeel (het verschil tussen baten en kosten), zodat het een tikje overbodig is om daar nog eens “meest” aan toe te voegen.

²⁸ Ian Ayers en Robert Gertner, ‘Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules’, *The Yale Law Journal* 1989, vol. 99, pp.87-130.

redenering ingebracht, dat partijen uit strategische overweging na kunnen laten om expliciete afspraken te maken. De reden daarvoor is dat partijen informatie onthullen doordat ze de “default rule” kennelijk niet als gegeven willen aannemen.²⁹

Bernstein beredeneert langs een iets andere lijn dat partijen, ook in situaties met lage transactiekosten, “default rules” als gegeven zullen aannemen.³⁰ In vele situaties zal de reden waarom partijen hun verplichting nakomen niets te maken hebben met het bestaan van een formele overeenkomst. Het vooruitzicht op niet-wettelijke sancties, zoals reputatieschade, zet tot nakoming aan. Een partij die aangeeft dat hij een afspraak wil maken die afwijkt van een regel van aanvullend recht, suggereert dat er een betrekkelijk grote kans is dat hij zich later op die formele afspraak wil beroepen. En juist daarom zullen partijen daarvan afzien, zodat de regels van aanvullend recht van toepassing blijven.

9. Empirie

Naar de vraag in hoeverre partijen expliciete afspraken maken die afwijken van de regels van aanvullend recht, is door verscheidene auteurs onderzoek gedaan. Korobkin deed experimenteel onderzoek naar redenen waarom partijen géén expliciete afspraken maken.³¹ Daarbij maakte hij onderscheid tussen transactiekosten (die kunnen zo hoog zijn dat het voor de partijen niet lonend is), strategische overwegingen (het kan voor een partij onhandig zijn om aan te sturen op een expliciete afspraak omdat hij daarmee informatie onthult) en een “status quo bias”. Partijen hebben de neiging om de “default rule” als de status quo te zien en om voor de status quo te kiezen. Ook indien transactiekosten laag zijn en er geen strategische overwegingen in het spel zijn, dan nog zal vaak voor de “default rule” worden gekozen ook al levert dat niet het hoogst mogelijke gezamenlijke ruilvoordeel op. Wanneer de status quo bias ertoe leidt dat partijen geen expliciete afspraken maken indien de “default rule” inefficiënt is, dan pleit dat er, aldus Korobkin, voor om “default rules” zodanig vast te stellen dat ze in zoveel mogelijk gevallen efficiënt uitpakken.

Ben-Shahar en Pottow behandelen de vraag in hoeverre regels van aanvullend recht in de praktijk star zijn, dat wil zeggen door partijen als gegeven worden aangenomen.³² Ze hebben daartoe naar enkele praktijkvoorbeelden gekeken. Als in verschillende jurisdicties tegenstrijdige regels van aanvullend recht worden gehanteerd, dan kunnen die niet beide efficiënt zijn en dan valt te verwachten dat in één van de gevallen de regels van aanvullend recht worden vervangen door expliciete afspraken tussen de partijen. In de praktijk blijken de verschillende regels van aanvullend recht in het algemeen toch worden toegepast.

Recent experimenteel onderzoek van Sloof, Oosterbeek en Sonnemans suggereert dat partijen vaak op de “default rule” uitkomen indien hun oordeel over de te verkiezen regel uiteenloopt.³³

Het voorgaande suggereert dat regels van aanvullend recht doorgaans door partijen als gegeven worden aangenomen. Ook de remedies bij contractbreuk zijn regels van aanvullend recht. Partijen zullen die remedies doorgaans als gegeven aannemen. In het voorgaande hebben we theoretische beschouwingen over de welvaartseffecten van remedies de revue laten

²⁹ Jason Scott Johnston, ‘Strategic bargaining and the economic theory of contract default rules’, *The Yale Law Journal* 1990, vol. 100, pp. 615-664.

³⁰ Lisa Bernstein, ‘Social norms and default rule analysis’, *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 1993, vol. 59, pp. 59-90.

³¹ Russell Korobkin, ‘The status quo bias and contract default rules’, *Cornell Law Review* 1998, vol. 83, pp. 608-687.

³² Omri Ben-Shahar en John A.E. Pottow, ‘On the stickiness of default rules’, *Florida State University Law Review* 2006, vol. 33, pp. 651-682.

³³ Randolph Sloof, Hessel Oosterbeek en Joep Sonnemans, ‘On the importance of default breach remedies’, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2007, vol. 163, pp. 5-22.

passeren. Op dit gebied is er echter nog weinig empirisch onderzoek verricht. Een van de weinige empirische studies betreft een overname zaak in de VS in 2001.³⁴ Tyson (het grootste kipverwerkende bedrijf in de VS) zou IBP (het grootste vleesverwerkende bedrijf van de VS) overnemen. Tyson wilde vanwege veranderde marktomstandigheden afzien van de overname. De algemene verwachting was dat dit ertoe zou leiden dat Tyson een schadevergoeding aan IBP moest betalen. De rechtbank besloot echter anders, namelijk dat de overname gewoon door moest gaan. Dus: geen “damages” maar “specific performance”. Deze onverwachte uitspraak leidde ertoe dat de beurswaarde van de bedrijven gezamenlijk significant steeg. Blijkbaar levert “specific performance” in deze cases een hogere welvaart op. Omdat het hier gaat om een overeenkomst die betrekking heeft op overdracht en niet op productie, kan worden gesteld dat deze bevinding consistent is met de lijn van het betoog van Shavell. Ter relativisering moet worden opgemerkt dat de bevinding slechts op betrekking heeft op één geval.

10. Lessen

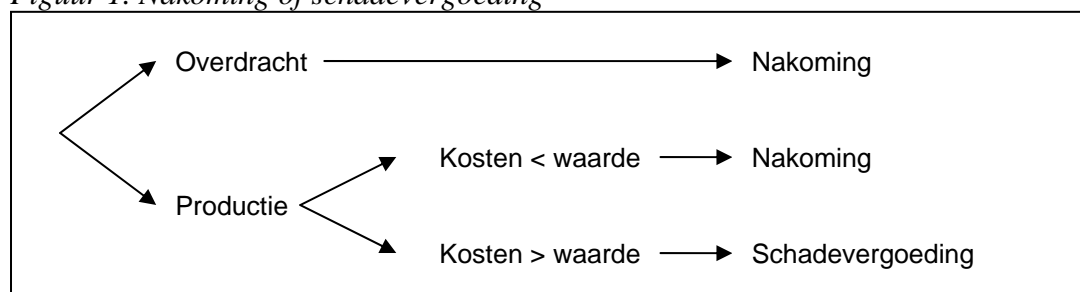
Het voorgaande laat zien dat er in de internationale literatuur veel is geschreven over de gedrags- en welvaartseffecten van remedies bij niet-nakoming van overeenkomsten. Welke lessen levert die literatuur op?

Een eerste, relativiserende, opmerking is dat de meeste publicaties een theoretisch karakter hebben. Empirisch onderzoek is schaars.

Bij de remedies gaat het om regels van aanvullend recht. Onderzoeksbevindingen wijzen er op dat dergelijke regels betrekkelijk zelden door expliciete afspraken worden vervangen. Het is aannemelijk dat dit ook van toepassing is op de remedies.

Geen van de remedies verdient vanuit efficiëntieoogpunt zondermeer de voorkeur. Dat geldt althans in situaties waarin onderhandelingen tussen partijen niet geheel wrijvingsloos verlopen (niet-verwaarloosbare transactiekosten) en geschilbeslechting door rechters ook niet altijd volledig vlekkeloos verloopt (niet-verwaarloosbare informatiekosten). Onder condities waarin het waarschijnlijk is dat inefficiënte contractbreuk zal optreden, verdient “specific performance” vanuit efficiëntieoogpunt de voorkeur. Hierbij gaat het om overeenkomsten voor de overdracht van een bestaand goed en overeenkomsten voor de productie van een goed in situaties waarin de productiekosten lager zijn dan de waarde die de afnemer aan het goed hecht. Onder condities waarin het waarschijnlijk is dat er inefficiënte nakoming zal optreden, scoren “expectation damages” juist beter. Hierbij gaat het om overeenkomsten voor de productie van een goed en de productiekosten dusdanig gestegen zijn dat ze de waarde die de afnemer aan het goed hechten overtreffen. Figuur 1 geeft een samenvattend overzicht.

Figuur 1. Nakoming of schadevergoeding



Alles overziend suggereert de besproken literatuur de volgende regel:

³⁴ Yair Listokin, ‘The empirical case for specific performance: evidence from IBP-Tyson Litigation’, *Journal of Empirical Legal Studies* 2005, vol. 2, pp. 469-493.

De schuldeiser moet kunnen afdwingen dat de schuldenaar alsnog nakomt, tenzij de productiekosten zo hoog zijn geworden dat ze de waarde van het te produceren goed overtreffen. In dat laatste geval moet de schuldeiser alleen vergoeding van het positieve contractsbelang kunnen afdwingen.

Ondanks het bestaan van publicaties die suggereren dat de common law tendeert naar efficiënte oplossingen³⁵, zit deze regel dichterbij ons rechtssysteem dan bij het common-law-systeem met “damages” als “default rule”.

Uitgangspunt in ons recht is dat een schuldeiser in geval van wanprestatie in beginsel recht heeft op nakoming (art. 3:296 BW). De hiervoor besproken literatuur leert, dat een strikte toepassing van deze regel tot inefficiënte nakoming kan leiden. Dat geldt in het bijzonder voor gevallen waarin de schuldenaar een goed moet produceren en de productiekosten hoger uitvallen dan de waarde die de afnemer aan het goed hecht. Vanuit efficiëntieoogpunt is het goed, dat de mogelijkheid om nakoming af te dwingen geclausuleerd wordt.

In het arrest inzake Multi Vastgoed/Nethou verwoordt de Hoge Raad een dergelijke clausulering. “Bij een tekortkoming bestaande in aflevering van een ondeugdelijke zaak, heeft de crediteur de keuze tussen nakoming, voorzover deze nog mogelijk is, en schadevergoeding in enigerlei vorm. De crediteur is niet geheel vrij in zijn keuze maar gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.”

Het arrest is overigens niet onomstreden. In haar recent verschenen proefschrift stelt Stolp dat een “externe subsidiariteitstoetsing” bij nakoming onwenselijk en onjuist is.³⁶ Daarmee doelt ze op het maken van een belangenafweging bij de vraag of een schuldeiser nakoming kan vorderen. Een dergelijke toetsing zou niet in overeenstemming zijn met de plaats die in ons wettelijk bestel aan de nakomingsremedie is toebedeeld. De nakomingsremedie neemt de toepassing in de hiërarchie van remedies. De toetsing zou geen recht doen aan het ‘pacta sunt servanda’-beginsel. Desondanks is het mogelijk dat contractpartijen met deze toetsing beter af zijn dan zonder, zodat de toetsing uit efficiëntieoogpunt als wenselijk kan worden aangemerkt. Het valt moeilijk te verdedigen om op grond van een abstract beginsel tegen een optie te zijn waar de betrokken partijen beter van worden.

Afhankelijk van de precieze invulling, kan de clausulering uit Multi Vastgoed/Nethou uitzicht bieden op een efficiënte uitkomst. Voor die gevallen waarin de kosten die de schuldenaar moet maken hoger zijn dan de waarde die de schuldeiser aan de prestatie hecht, zou de schuldeiser genoegen moeten nemen met een schadevergoeding (vergoeding van het positieve contractsbelang). Voor die gevallen waarin de kosten lager zijn dan de waarde die de afnemer aan het goed hecht, zou de schuldeiser recht moeten hebben op nakoming. En dat geldt ook voor gevallen waarin de overeenkomst betrekking heeft op een bestaand goed.

Hiermee zijn drie categorieën onderscheiden. Daarmee lopen we ook onmiddellijk tegen een probleem op. De grens tussen de categorieën zal in de praktijk niet altijd scherp te trekken zijn. Te voorzien is dat dit tot geschillen leidt. Geschillen zijn vaak grensgeschillen. Geschillen gaan gepaard met kosten en dat doet afbreuk aan de efficiëntie. Deze redenering pleit ook tegen, overigens goed bedoelde, fijnzinnige categorisering: hoe meer grenzen hoe meer grensgeschillen. De enigen die daar per saldo beter van worden zijn degenen die zich beroepsmatig bezig houden met geschilbeslechting.

³⁵ Zie bijvoorbeeld Paul Rubin, ‘Why is the common law efficient?’, *Journal of Legal Studies* 1977, vol. VI, pp. 51-63 en George L. Priest, ‘The common law process and the selection of efficient rules’, *Journal of Legal Studies* 1977, vol. VI, pp. 65-82.

³⁶ Stolp (2007), pp. 242-245.