

## Markt en privaatrecht

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

*Published in:*

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

*Document version:*

Peer reviewed version

*Publication date:*

2010

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2010). Markt en privaatrecht. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 141(6843), 396-404.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Gepubliceerd in: *WPNR 6843 (2010), p. 396-404*

## **Markt en privaatrecht**

T.F.E. Tjong Tjin Tai

### *Samenvatting:*

*Het privaatrecht dient volgens een veelvoorkomend gedachte ter facilitering of ondersteuning van de markt. In dit artikel wordt onderzocht of deze gedachte juist is en hoe de verhouding tussen privaatrecht nu eigenlijk ligt, mede in het licht van de hang naar rechtvaardigheid die het recht kenmerkt. Hierbij wordt mede geput uit (rechts)economische en politiek-filosofische literatuur.*

### *1. Inleiding*

Hoofdstuk II van ‘De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht’<sup>1</sup> vangt aan met een citaat van Heine: ‘Der Code civil, jener Bibel des Egoïsmus’. Nu is dat citaat niet juist; de door Langemeijer gerefereerde *Französische Zustände* reppen niet van de Code civil. Daarentegen heeft Heine zich wel aldus uitgelaten “Welch ein fürchterliches Buch is das Corpus iuris, die Bibel des Egoismus!”<sup>2</sup> Overigens kan men zich afvragen of men die kwalificatie geheel serieus moet nemen: zij maakt deel uit van Heines herinneringen aan zijn studietijd en geven misschien meer blijk van zijn afkeer van de studie dan van het morele gehalte van de stof.

Deze correcties daargelaten is de kwestie die door Langemeijer aan dit citaat is verbonden niet van belang ontbloomt. Het privaatrecht is herhaaldelijk ervan beticht niet meer te zijn dan een lakei van het kapitalisme,<sup>3</sup> de vrije markt, en laat in zoverre het egoïsme ruim baan. De vrije markt functioneert immers doordat actoren hun eigen belang nastreven.<sup>4</sup> Ook tegenwoordig zegt men wel dat het privaatrecht in dienst staat van de vrije markt, maar dan bedoelt men dit positief. Het wordt meestal aangenomen

---

<sup>1</sup> G.E. Langemeijer, 6<sup>e</sup> dr. 1994 bewerkt door E.J.H. Schrage, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle, op p. 9.

<sup>2</sup> “Wat een verschrikkelijk boek is het Corpus Iuris, de bijbel van het egoïsme!”, *Memoiren* (1854), hfdst. 2.

<sup>3</sup> Vgl. de verwijzingen bij P. Morton, *An Institutional Theory Of Law*, Clarendon Press: Oxford 1998, p. 200n1 en N. MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford 2007, p. 228-230 naar marxistische auteurs (K. Renner, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, London 1949, en E.B. Pashukanis, *Law and Marxism*, London 1978). Zie bv. ook D.I.1.2 (Ulpianus), die het privaatrecht afzet tegen het publiek recht doordat het gaat om ‘individuele belangen’ (privatum quod ad singulorum utilitatem).

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld de vroeg-moderne filosofen besproken in A.O. Hirschmann, *The Passions and the Interests*, Princeton 1977, of de economen besproken in D.K. Finn, *The Moral Ecology of Markets*, Cambridge 2006, hfdst. 2.

dat de vrije markt ondersteuning behoeft van een juridisch raamwerk.<sup>5</sup> Het privaatrecht zou de markt *faciliteren*.<sup>6</sup> Zo lijken bepaalde wijzigingen van en discussies in het privaatrecht voort te vloeien uit de gedachte dat de vrije markt zo min mogelijk in de weg moet worden gelegd.<sup>7</sup>

De relatie tussen het privaatrecht en de vrije markt staat evenwel inmiddels ter discussie. Met name sinds de kredietcrisis heeft de overtuiging, dat de markt niet geheel vrij dient te zijn doch enigermate regulering behoeft, aan kracht gewonnen. De markt lijkt zelf een gebrekkige ordening te zijn. De recente kredietcrisis heeft structurele zwakten blootgelegd in de werking van de onzichtbare hand van de markt.<sup>8</sup> Die gebreken, wordt nu betoogd, zouden onder meer door aanvullende regulering – en dat wil zeggen *juridische* regels – moeten worden gecorrigeerd. Het recht zou dan zelf de grenzen van de markt moeten bepalen, dus niet louter faciliterend zijn. Toegegeven, een deel van deze grenzen worden door het publiekrecht gesteld. Maar ook van het privaatrecht wordt tegenwoordig verwacht of gehoopt dat het bijdraagt aan handhaving van gewenst marktgedrag, en daarmee ook (indirect) aan regulering van de markt.<sup>9</sup>

Dit alles roept de vraag op: is het privaatrecht faciliterend voor de markt, en zo ja, op welke wijze? Hiervoor zal ik mij wenden tot de politieke theorie en de economie. De vraag naar de relatie tussen markt en recht komt namelijk bij bepaalde politiek-filosofen uitdrukkelijk aan de orde, terwijl de economie als discipline zich bij uitstek richt op de markt. Daarna leg ik de verbinding met juridische opvattingen. Ik richt mij op het privaatrecht nu dit – anders dan aanpalende rechtsgebieden – niet

---

<sup>5</sup> Bv. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 7e dr., Wolters Kluwer: Austin 2007, p. 94-99, S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press: Cambridge, Mass. 2004, p. 297, S.F. Copp (red.), *The Legal Foundations of Free Markets*, London 2008, p. 13, echter zie de bijdrage van P.T. Leeson in die bundel, 'Do markets need government?', p. 42-64.

<sup>6</sup> Facilitering kan men in dit verband beschouwen als het bieden van regels die mensen in staat stellen bepaalde dingen te bereiken, plus het bieden van mogelijkheden om de naleving van deze regels af te dwingen. Vgl. MacCormick, p. 155 ('law as enabling'), en Milhaupt en Pistor, p. 31 e.v. over andere functies van het recht. Ook Coleman, p. 73, gebruikt de term 'facilitate' in dit verband; evenzo R.P. Malloy, *Law and Market Economy*, Cambridge 2000, p. 37 ter aanduiding van het traditionele standpunt.

<sup>7</sup> Zie de discussies rond het fiducia-verbod of de overdraagbaarheid van goederen (bv. Th.C.J.A. van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten*, Deventer 2003).

<sup>8</sup> Zie o.a. de *Turner Review*, besproken door R.W. Wibier, 'Lessen naar aanleiding van de kredietcrisis: maatregelen om een nieuwe crisis te voorkomen volgens de Turner Review', NJB 2009, p. 1198-1207.

<sup>9</sup> Zie (deels kritisch) hierover de bijdrage van Carla Sieburgh in dit nummer, alsmede Jeroen Kortmann en Carla Sieburgh, *Rechtshandhaving door privaatrecht*, preadvies 2009 voor de Vereniging voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland.

slechts betrekking heeft op tegengaan van inbreuken maar ook op de bevordering en naleving van overeenkomsten, wat een intrinsiek element van een marktstelsel is.<sup>10</sup>

## 2. *Recht ter ondersteuning van de markt*

De in de moderne tijd dominante opvatting over de rol van het recht tegenover de marktordening ziet men in de kern reeds bij Locke. In zijn politieke theorie is het voornaamste doel van de politieke gemeenschap gelegen in de bescherming van ‘property’,<sup>11</sup> dat wil zeggen, ‘life, liberty and estate’.<sup>12</sup> Het recht van ieder individu om zijn eigendom te beschermen is een natuurrecht,<sup>13</sup> maar kan bij afwezigheid van een staat niet goed gehandhaafd worden. Derhalve dient de staat de bescherming van eigendom ter hand te nemen. Zij kan hiertoe het eigendom reguleren,<sup>14</sup> maar dit dient niet uit te monden in het ontnemen van eigendom. Deze opvatting van de rol van het recht is beperkt: dit dient alleen ter bescherming van eigendom in brede zin, en daarmee ter bevordering of bescherming van de natuurlijke vrijheid van eenieder te doen wat men wil.<sup>15</sup> De markt wordt hiermee hooguit impliciet bevorderd.<sup>16</sup>

Een koppeling tussen markt en recht zien we expliciet bij Adam Smith. In zijn *Wealth of Nations*<sup>17</sup> benoemt hij de noodzaak van ‘administration of justice’ voor de zekerheid van bezit en daarmee de vrijheid van het individu (V.i.b.25, p. 722-723). In het bijzonder commercie and productie kunnen niet bloeien als er geen vertrouwen is in de regelmatige handhaving van recht (administration of justice), in een staat “in which the people do not feel themselves secure in the possession of their property, in which the faith of contracts is not supported by law, and in which the authority of the state is not supposed to be regularly employed in enforcing the payment of debts from

---

<sup>10</sup> Ik zal ter beperking niet nader ingaan op de invloed van de Europese Unie met haar nadruk op bevordering van de vrije markt, of de opvattingen van de Critical Legal Studies, die ten onzent met name door Martijn Hesselink worden verdedigd en uitgewerkt in zijn pleidooi voor meer aandacht voor de ‘sociale’ kant van het privaatrecht tegenover de marktlogica.

<sup>11</sup> Second treatise on government, nr. 85 en 134, vgl. 127 en 138.

<sup>12</sup> Second treatise, nr. 87 en 123.

<sup>13</sup> Second treatise, nr. 87.

<sup>14</sup> Second treatise, nr. 139.

<sup>15</sup> Second treatise, nr. 22.

<sup>16</sup> Er is een uitvoerig debat over de diepere verbanden tussen Locke’s theorie en liberale theorievorming, met name geïnstigeerd door C.B. Macpherson, doch dit heeft vooral betrekking op zijn theorie van eigendomsverwerving en de daarin geïmpliceerde rechtvaardiging van exploitatie van anderen. Verder heeft Locke grote invloed op libertaire theorieën zoals die van Nozick.

<sup>17</sup> *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Ik gebruik de editie van Oxford University Press 1979.

all those who are able to pay.”<sup>18</sup> Hierbij benoemt Smith drie privaatrechtelijke kwesties: eigendom, nakoming van contracten, verhaal van schulden.

Locke en Adam Smith zien de rol van het recht vooral als een van bescherming (protection). Deze opvatting is in grote lijnen nog steeds te vinden bij (rechts)economen<sup>19</sup> en rechtstheoretici.<sup>20</sup> Een invloedrijke verwoording van deze opvatting kan men verder aantreffen bij de socioloog Max Weber. Hij beschouwt het recht vooral als voorwaarde, kader, voor de rationale ordening van de moderne samenleving en daarmee ook voor de moderne marktordening.<sup>21</sup> De uitwerking en verdere ontwikkeling van het recht is in de hedendaagse Westerse samenlevingen gedelegeerd – modern gezegd, uitbesteed – aan specialisten: juristen.<sup>22</sup>

In deze opvatting vindt het privaatrecht zijn politieke of economische rechtvaardiging in de *handhavingsfunctie*.<sup>23</sup> Het gaat wat eigendom betreft om bescherming van de status quo, wat contracten betreft om aansporen tot of afdwingen van nakoming. De nadruk op handhaving laat op zichzelf evenwel de mogelijkheid open dat het recht nog meer doet dan dat; het behoeft niet noodzakelijk tot die functie beperkt te zijn. Enerzijds is het recht niet bedoeld om altruïsme zelf af te dwingen, dat is veeleer een zaak van moraal. Anderzijds is weliswaar de ondersteuning van de markt (of in de woorden van Langemeijer, p. 14, de handhaving van de status quo), een belangrijke functie van het privaatrecht, maar doet dat niet zonder meer afbreuk aan de gerechtigheid. Rechtvaardigheid of gerechtigheid is niet noodzakelijk het negatief van de markt. Strikt genomen incorporeert rechtvaardigheid altijd een groot deel ruilrechtvaardigheid: in zoverre is het bevorderen van de markt zelf reeds een doel van rechtvaardigheid en daarmee intrinsiek onderdeel van het recht.<sup>24</sup> De nauwe

---

<sup>18</sup> V.iii, p. 910. Vgl. MacCormick, p. 228 die slechts noemt ‘security of property rights and faith in contracts’, vervolgens verwijst naar Smith. S.F. Copp, in: *The Legal Foundations of Free Markets*, p. 31 noemt vijf ‘minimum legal foundations conducive to free markets’: ‘ensure personal security, the protection of property rights, voluntary contracting and free competition, and the ability to associate’.

<sup>19</sup> Zie bijvoorbeeld verwijzingen bij D.K. Finn, *The Moral Ecology of Markets*, Cambridge 2006, bv. op p. 116-117, C.J. Milhaupt en K. Pistor, *Law & Capitalism*, Chicago 2008, p. 4-5, 17-21. Niettemin wordt dit zelden daadwerkelijk uitgewerkt of verantwoord, in het bijzonder wordt geen onderbouwing gegeven waarom specifiek bepaalde aspecten ondersteund moeten worden.

<sup>20</sup> Bv. zonder theoretische onderbouwing N. MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford University Press: Oxford 2007, p. 226-228. Ten aanzien van contractenrecht zie Posner, p. 94 en Shavell, p. 297.

<sup>21</sup> Zie zijn *Wirtschaft und Gesellschaft*, ‘Die Wirtschaft und die Ordnungen’, in: M. Weber, *Schriften zur Soziologie*, Stuttgart 1995, p. 182 e.v. Vgl. R. Cotterrell, *The Sociology of Law*, 2<sup>e</sup> dr., Londen 1992, p. 151, Milhaupt en Pistor, p. 1 en 18.

<sup>22</sup> Verwijzingen in R. Bendix, *Max Weber: An intellectual portrait*, New York 1962, p. 407-416.

<sup>23</sup> Dit is handhaving in brede zin, te onderscheiden van handhaving in beperkte zin (preventie), zoals besproken in Kortmann en Sieburgh, Preadvies.

<sup>24</sup> Vgl. ook Posner, p. 270-271.

verbondenheid van het privaatrecht en de markt komt deels tot uiting doordat de rechten waarop de markt is gebaseerd tevens deel uitmaken van de kernwaarden van het privaatrecht (eigendom, contractvrijheid); de vormgeving daarvan is echter in handen van juristen. Daarnaast blijkt die verbondenheid ook daaruit dat het recht zich regelmatig expliciet en rechtstreeks rekenschap geeft van het belang van de markt of, ouderwets gezegd, de vrijheid van handel en bedrijf.<sup>25</sup> De bevordering van de markt is een expliciet meegewogen belang van het privaatrecht. Daarbij is efficiëntie ook van belang, en in zoverre zijn (rechts)economische onderzoeken ook waardevol voor het privaatrecht.

Zulke marktbeginselen staan echter naast andere beginselen die men – zo men wil – als uitdrukking kan zien van niet-egoïstische, meer verdelende principes.<sup>26</sup> Dat dit wellicht niet tot maximale efficiëntie leidt is geen bezwaar voor een recht dat zich richt op gerechtigheid. Wel zullen wij ons er ook als juristen rekenschap van moeten geven wanneer rechtsregels afwijken van wat een strikte correctieve rechtvaardigheid verlangt, en bezien of er inderdaad voldoende reden is om tot een meer verdelende rechtvaardigheid over te gaan. Het privaatrecht is geen volledig alternatief voor het sociale-zekerheidsrecht. Het recht streeft naar een *rechtvaardige* markt, maar dat blijft een markt.

Daarnaast doet het privaatrecht meer dan het bevorderen of faciliteren van de markt.<sup>27</sup> Diverse bepalingen in het BW strekken tot vergroting van gerechtigheid in de zin van distributieve rechtvaardigheid, herverdeling van geld en goederen naar hen die daar een grotere behoefte aan hebben, gerechtigheid in de zin van een ‘evenwichtige afweging van belangen’.<sup>28</sup> Zulke extra regels perken de vrijheid van de markt in, maar dat feit op zichzelf wordt in het algemeen niet bezwaarlijk gevonden.<sup>29</sup> De

---

<sup>25</sup> Bv. genoemd in HR 18 februari 1949, NJ 1949, 357 (Bonda/ Staat), HR 1 november 1991, NJ 1992, 423 (Cacharel/Geparo) en HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (Holland Nautic/Decca). In het laatste geval gaat het om de leer van de zogenaamde eenlijnsprestatie, zie nader Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, diss. Leiden 1994.

<sup>26</sup> Vgl. ook de nieuwe beginselen en gerechtigheidsgedachten die Arthur Hartkamp in zijn bijdrage bespreekt.

<sup>27</sup> Bv. Morton, p. 151 en 161, die de bescherming van de persoon als fundamenteel beschouwt, waar dan de bescherming van eigendom e.d. deel van uitmaakt. Ook J. Coleman, *Risks and Wrongs*, oorspr. 1992, herdruk Oxford University Press: Oxford 2003, p. 73, en zelfs bij Posner, p. 27.

<sup>28</sup> Langemeijer, p. 17, ook p. 46.

<sup>29</sup> Over het algemeen wordt, als men precies leest, ook door fervente voorvechters van de vrije markt aangenomen dat er bepaalde (morele) grenzen zijn aan de markt. Vgl. Finn, hfdst. 2, Posner, p. 27. In zoverre verdedigt niemand een volledig vrije markt. Het debat gaat er slechts om welke beperkingen gewenst zijn en welke niet.

gerechtigheid is dan het toefje op de beschermingsfunctie. Het antwoord op het verwijt van Heine luidt dan: we beschermen de markt, maar doen meer dan dat.

#### 4. *Efficiëntie en privaatrecht*

Er zijn evenwel ook auteurs, vooral binnen de rechtseconomie, die verdedigen dat het recht *louter* dient ter bevordering van efficiëntie (maximaal welzijn).<sup>30</sup> Veel rechtseconomisch werk bestaat uit onderzoek dat ofwel moet aantonen dat het (privaat)recht al de oplossing kiest die het meest economische efficiënt is ofwel op basis van een rechtseconomische analyse laat zien dat een zekere regeling niet efficiënt is en dus zou moeten worden gewijzigd.<sup>31</sup> Een meer empirisch getinte onderzoekslijn berust op de gedachte dat de *common law* efficiënt zou zijn.<sup>32</sup> Deze gedachte is reeds geopperd door Hayek,<sup>33</sup> en wat betreft *law and finance* in de laatste jaren empirisch onderzocht. Empirisch onderzoek zou uitwijzen dat *common law* landen een significant hogere economische groei doormaken.<sup>34</sup> Hayek onderbouwde zijn stelling door uit te gaan van de veronderstelde superioriteit van marktwijsheid (wat men tegenwoordig wel noemt de ‘wisdom of the crowds’<sup>35</sup>) boven opgelegde

---

<sup>30</sup> In het bijzonder L. Kaplow en S.M. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press: Cambridge (Mass.) 2002, zie ook hun uitgebreide artikel met dezelfde titel in *Harvard Law Review*, 114/4 (2001), p. 961-1388. Rechtseconomie als gebied is op zichzelf neutraler; het wordt gekenmerkt door toepassing van economische concepten en instrumenten op het recht (Posner, p. 26).

<sup>31</sup> P.H. Rubin, ‘Why was the common law efficient?’, in: F. Parisi en C.K. Rowley, *The Origins of Law and Economics*, Elgar: Cheltenham 2005, p. 383-395, op p. 384, noemt dit onderzoek van ‘micro efficiency’ van concrete juridische doctrines, te onderscheiden van de macro efficiency benadering van Hayek en de *legal origins theory*.

<sup>32</sup> Bv. – zij het tegenwoordig iets voorzichtiger dan vroeger – Posner, p. 25: ‘common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society’, verder p. 252. Hij laat thans ruimte voor elementen die niet louter de efficiëntie dienen.

<sup>33</sup> F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty, vol. 1: Rules and Order*, Chicago 1973, p. 72-88 over de ontwikkeling in *common law* van abstracte ‘rules of just conduct’; F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty, vol. 2: The Mirage of Social Justice*, Chicago 1976, p. 107-132 over de noodzaak dat een marktordening alleen door zulke regels wordt beheerst. Vgl. Finn, p. 30, en kritisch bv. Posner, p. 260, m.b.t. tot Hayek’s overwaardering van spontaan ontstane gewoonten.

<sup>34</sup> Men spreekt van *legal origins theory* (bv. E.L. Glaeser en A. Schleifer, ‘Legal origins’, 107 *Quarterly Journal of Economics* 1993 (2002)). Het oorspronkelijke artikel is R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, en R. Vishny, ‘Law and Finance’, *Journal of Political Economy* 1998 (106), p. 1113-1155. Ofschoon dit artikel zelf methodologisch gebrekkig is, is het door later verbeterd onderzoek op zichzelf bevestigd, ook op andere terreinen. Zie ook C. Veljanovski, ‘The common law and wealth’, in: Copp, red., p. 84-103. Voor verdere verwijzingen en kritiek zie Milhaupt en Pistor, *Law & Capitalism*, p. 18-25, ook kritisch G. Tullock, ‘The case against the common law’ in: F. Parisi en C.K. Rowley, *The Origins of Law and Economics*, Elgar: Cheltenham 2005, p. 464-474. Een belangrijk bezwaar is dat correlatie geen causaal verband aantoont; het is mogelijk dat er een andere achterliggende reden is voor de hogere economische groei en de aanvaarding van een zeker rechtsstelsel.

<sup>35</sup> J. Surowiecki, *The Wisdom of the Crowds*, Londen 2004.

inzichten van de wetgever.<sup>36</sup> De casuïstische rechtsvorming van common law zou beter zijn dan de wijsheid van de code.

De uiterste consequentie van deze gedachtengang is dat alle gerechtigheid die niet samenvalt met het doel van efficiëntie of maximaal welzijn moet verdwijnen.<sup>37</sup> Los van het wel vaker opgeworpen bezwaar dat deze laatste benadering veronderstelt wat voor buitenstaanders niet vast staat, namelijk de wenselijkheid van efficiëntie of maximaal welzijn als enige maatstaf,<sup>38</sup> roept dit de vraag op hoe dit zich verhoudt tot Hayeks these dat de meest efficiënte rechtsregel zich in de praktijk vormt en niet achter de studeertafel. Omgekeerd roept Hayeks these de vraag op waarom de common-law rechtsregels niet gewoon kunnen worden overgenomen in civil law landen, als die regels superieur zijn. Overigens berust die these ook op een overdreven tegenstelling tussen de wijze van rechtsvorming onder common law en civil law; ook in gecodificeerde stelsels wordt het recht grotendeels in de rechtspraktijk, met name jurisprudentie, vormgegeven.<sup>39</sup> Deze vragen zal ik hier laten rusten.

Bij nadere bestudering valt op dat de rechtseconomische benadering niet rechtstreeks gericht is op de markt. Het recht zou zich - in deze opvatting - moeten richten op maximaal nut of welzijn, en omdat dit in beginsel het beste wordt bereikt door een marktordening,<sup>40</sup> moeten beperkingen of afwijkingen van zodanige ordening worden weggenomen. De markt heeft dus slechts een instrumentele waarde. Ingeval een zekere oplossing gevraagd wordt uit oogpunt van wat de markt behoeft, maar deze afbreuk doet aan het algemeen welzijn, zou deze strikt genomen vanuit rechtseconomisch gezichtspunt moeten worden verworpen. Dit staat op gespannen

---

<sup>36</sup> Hij spreekt over 'spontaneous order', bv. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, p. 35-e.v., en over de superioriteit hiervan p. 51, vgl. Finn, p. 24-32.

<sup>37</sup> Aldus (over maximaal welzijn) L. Kaplow en S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press: Cambridge (Mass.) 2002, overigens zijn zij niet representatief voor de rechtseconomie als geheel, waar genuanceerdere meningen overheersen (vgl. Coleman, *Yale Law Journal* 2003, p. 1512. Voor een iets ouder overzicht van de kritiek op deze these zie R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. Tilburg 2005, Den Haag, p. 34 en 38.

<sup>38</sup> Vgl. J. Coleman, *Yale Law Journal* 2003, p. 1514, 1522 e.v. Rechtseconomen zijn in zoverre verkapt utilisten (zoals ook Nieuwenhuis heeft gesignaleerd in *Confrontatie & Compromis*, Deventer 2007, p. 22-32); hun reacties zijn ook veelal een herhaling van de aanpassingen die door utilisten of consequentialisten zijn aangebracht in reactie op kritiek van rechtvaardigheids-georiënteerde ethici (bv. regelutilisme versus actutilisme, casuïstische uitzonderingen op grond van openbare orde). Overigens wordt de utilistische connectie wel bestreden (zie de verwijzingen bij Coleman, *Yale Law Journal* 2003, p. 1516 naar Posner).

<sup>39</sup> Vgl. nader over rechtsvorming de bijdrage van Marc Loth.

<sup>40</sup> Behoudens marktfalen door bv. externaliteiten etc., waarover bv. B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie*, 4<sup>e</sup> dr., Kluwer: Deventer 2007, p. 47.



voet met de politiek-filosofische aannames van veel economen.<sup>41</sup> Een voorbeeld is Hayeks betoog, dat is gebaseerd op het principiële uitgangspunt van vrijheid (liberty).<sup>42</sup> Hij identificeert vrijheid voornamelijk met de vrije markt.<sup>43</sup> De gerichtheid op maximaal maatschappelijk welzijn of efficiëntie kan theoretisch gezien op gespannen voet staan met de bescherming van individuele vrijheid en eigendom. Dit blijkt bijvoorbeeld uit rechtseconomische klassiekers als het Coase-theorema,<sup>44</sup> en de theorie van *efficient breach*,<sup>45</sup> die de voorgegeven verdelingen van rechten (zoals eigendomsrechten en recht op een prestatie) geen principiële waarde toekennen, en deze slechts gerechtvaardigd achten als middel tot hoger welzijn.<sup>46</sup> Daarentegen is bij een theorie als die van Locke het eigendom een vooropgesteld recht. Hayek zelf neemt een middenpositie in: alleen door principiële rechten ('protected domains') voorop te stellen, kan de spontane orde van de markt tot maximale efficiëntie leiden.<sup>47</sup>

In filosofische termen spreken we hier van de klassieke tegenstelling tussen rechtvaardigheidstheorieën en consequentialisme (utilisme): stelt men de gegeven rechten voorop, ongeacht de consequenties, of redeneert men vanuit consequenties naar verdelingen van rechten?<sup>48</sup> *Fiat justitia, pereat mundus*, of daarentegen 'waar niets is verliest zelfs de keizer zijn recht'? De theoretische moeilijkheid van een consequentialistische benadering is dat subjectieve rechten daarin niet meer dan een

---

<sup>41</sup> Zie ook de discussie bij Finn, hfdst. 2.

<sup>42</sup> 'the source and condition of most moral values', *The Constitution of Liberty*, London 1960, p. 6.

<sup>43</sup> In het bijzonder baseert hij zich op het uitgangspunt dat de efficiëntie van de markt berust op het benutten van lokale kennis, waardoor het dus ook nodig is om ieder individu een vaststaand domein te geven waarin hij kan beslissen over zijn handelingen, opdat hij zijn kennis maximaal kan benutten (*Constitution of Liberty*, p. 156).

<sup>44</sup> De gedachte dat het voor maximaal welzijn niet uitmaakt hoe eigendom verdeeld is: bij afwezigheid van transactiekosten resulteert uit onderhandeling vanzelf de meest efficiënte verdeling, zie R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', (3) *Journal of Law and Economics* 1960, p. 1-44, hierover L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, diss. Rotterdam 2005, p. 22 en Van Velthoven/Van Wijck 2007, p. 88.

<sup>45</sup> De theorie dat opzettelijke wanprestatie geoorloofd is indien daardoor een alternatief contract kan worden gesloten dat maatschappelijk gezien meer nut oplevert, zie hierover bv. R.R.R. Hardy, *Differentiatie in het (Europees) contractenrecht*, diss. Maastricht 2009, p. 239 e.v.

<sup>46</sup> Uit het Coase theorema wordt weliswaar meestal geconcludeerd dat eigendomsrechten zinvol zijn, maar dat is slechts als middel tot hoger welzijn. Men kan verder wijzen op de veelvuldige verschuiving van Pareto-efficiëntie (die rechten respecteert) naar Kaldor-Hicks efficiëntie (die vermogensverschuivingen zonder instemming toelaat), zie R.P. Malloy, p. 154 en Coleman, *Yale Law Journal* 2003, p. 1517. Over deze begrippen Van Velthoven/Van Wijck 2007, p. 14-26.

<sup>47</sup> 'protected domains' worden beschermd door middel van 'rules of conduct' (*Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, p. 106, 132, ook *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, p. 37, 123, en vgl. Hayek, *The Constitution of Liberty*, London 1960, p. 151-159. In *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, p. 67-71 betoogt Hayek dat veel slecht recht gevolg is van de invloed van vroegere, onjuiste economische theorieën.

<sup>48</sup> De literatuur op dit punt is overvloedig; zie bv. Marcia W. Baron, Philip Pettit, Michael Slote, *Three Methods of Ethics*, Blackwell: Oxford 1997.

middel zijn, en daarom nooit zeker; zij hebben geen zelfstandige waarde. Dit ziet men ook in de rechtseconomische theorievorming. Zelfs indien wordt erkend dat het zinvol is om rechten toe te kennen laat dat onverlet dat de allocatie gewijzigd zou moeten worden als dat uit oogpunt van het collectieve welzijn beter zou zijn.<sup>49</sup> Binnen de ethiek is het consequentialisme daarom in de verdediging gedrongen. De juridische (en ook privaatrechtelijke) benadering begint steeds bij rechten, laat weliswaar inbreuken en uitzonderingen toe, maar neemt deze rechten wel serieus.

Dit alles neemt niet weg dat bij mijn weten rechtseconomen nimmer de markt als zodanig bestrijden; het middel om tot de hoogst mogelijke efficiëntie te komen wordt immers steevast gezocht in de zuivere werking van het marktmechanisme.<sup>50</sup> dat middel zal dan uiteraard niet worden belemmerd. Wel verdedigen rechtseconomen bepaalde beperkingen van de markt: dat dient om verstoring van het marktmechanisme te beletten ingeval van marktfalen.<sup>51</sup> Vele vormen van onrechtmatige daad worden beschouwd als correcties op zogenaamde negatieve externaliteiten: afwenteling van nadelen op derden waardoor deze nadelen onvoldoende in de marktprijs tot uitdrukking komen.<sup>52</sup> Wat contracten betreft wordt bijvoorbeeld algemeen aanvaard dat het inefficiënt is om steeds de tekst van het contract als uitsluitend bepalend te beschouwen: vanwege onder meer transactiekosten is het zinvol om te werken met aanvullende regels.<sup>53</sup>

Dit alles betekent evenwel dat ook in de gangbare rechtseconomische theorieën het recht er niet louter is om de feitelijke markt te bevorderen; er wordt gestreefd naar een correctie van het feitelijk opereren van markten opdat deze zoveel mogelijk de ideale markt benaderen. Dat zou niet per se nodig hoeven te zijn; het valt te betogen dat een normaal opererende markt ook zonder juridisch ingrijpen uiteindelijk zichzelf corrigeert, bijvoorbeeld doordat op de lange termijn de reputatie van slecht presterende bedrijven daalt, door alternatieve mechanismen als keurmerken

---

<sup>49</sup> T.W. Merrill en H.E. Smith, 'What Happened to Property in Law and Economics?', Yale Law Journal 2001 (111), p. 357-398 suggereren (p. 398) dat (rechts)economen zich in de loop der tijd zijn gaan concentreren op maximalisatie van welzijn omdat eigendom reeds voldoende was veilig gesteld, maar daardoor uit het oog zijn verloren dat de zekerheid van eigendom voorafgaat aan zulke meer verrijnde problemen.

<sup>50</sup> Zoals in bv. het Coase-theorema etc.; de contractvrijheid wordt beschouwd als manier om de inzichten van individuele marktdeelnemers de maximale reikwijdte te geven.

<sup>51</sup> Zoals bij externaliteiten, informatie-asymmetrieën.

<sup>52</sup> Zie uitgebreid L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, diss. Rotterdam 2005.

<sup>53</sup> Zie bv. R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. Tilburg 2005, Den Haag, m.n. p. 117 e.v.

e.d.<sup>54</sup> Uit oogpunt van macro-efficiëntie is juridische correctie wellicht niet nodig. De rechtsconomie volgt evenwel hoofzakelijk (impliciet) de lijn van micro-efficiëntie, dat wil zeggen: door juridische correctie moet bij concrete transacties de efficiënte uitkomst bereikt worden. De werking van de markt behoeft in zoverre correctie. Maar dat betekent dat de markt waar het recht zich op zou moeten richten niet meer het feitelijke begrip is – de markt zoals deze ongecorrigeerd wordt aangetroffen -, doch een normatief concept.

### *5. Recht als vormgeving van de markt*

Uit het voorgaande blijkt dat weliswaar wordt aangenomen dat het recht belangrijk is als waarborg voor de markt, maar dat er geen theorievorming is over de precieze wijze waarop dit gestalte zou moeten krijgen, terwijl er uiteenlopende, onberedeneerde opvattingen zijn over de verschillende punten waarop het recht ondersteuning zou moeten bieden. Het (rechts)economische criterium van maximale efficiëntie gebruikt de markt slechts als een middel, en hanteert bovendien een niet-empirisch concept van de ideale markt.

In de gebruikelijke juridische zienswijze, zoals door Langemeijer beschreven, moet de feitelijke markt eveneens juridisch gecorrigeerd worden: dat geschiedt eveneens niet om de markt te belemmeren doch om de markt sterker te laten functioneren conform onze extra-economische noties van rechtvaardigheid: dit veronderstelt eveneens een concept van de ideale markt, zij het een dat niet louter op maximale efficiëntie is gericht doch mede op een verenigbaarheid met overwegingen van morele aard of van distributieve of correctieve rechtvaardigheid (vgl. par. 3, slot).<sup>55</sup>

Men kan zich daarom afvragen of er wel een algemeen aanvaard concreet beeld van de markt dat we probleemloos kunnen gebruiken als basis om het recht richting te geven. Het recht maakt zelf een bepaalde keuze: in de vraag wanneer ontbinding is toegestaan en wanneer schadevergoeding moet worden toegekend liggen opvattingen besloten over de wijze waarop een markt moet functioneren. Het BW volgt dan niet zozeer ‘de’ markt maar bevat integendeel een blauwdruk voor hoe

---

<sup>54</sup> De juistheid van deze argumentatie laat ik in het midden; het voert te ver hier in dit kader nader op in te gaan.

<sup>55</sup> Daarnaast kunnen er nog andere overwegingen zijn, zie bv. Milhaupt en Pister, p. 201-217 die o.a. wijzen op de juridische cultuur.

deze markt eruit moet zien, het bevat *een* mogelijke opvatting van de markt (*conception* versus *concept*).<sup>56</sup> Deze opvattingen zijn veranderlijk. Zo werden economische rechten in de negentiende eeuw slechts mondjesmaat erkend – blijkbaar omdat dit de werking van de markt zou belemmeren –, maar ontstond rond de eeuwwisseling een duidelijke kentering die kennelijk opnieuw voortkwam uit een belang dat hiermee gemoeid was uit oogpunt van een goede marktorde.<sup>57</sup>

Bij nadere bestudering lijken ook de eerder besproken theoretici niet zonder meer uit te gaan van een eenduidige vertaling van de markteisen in het recht. Locke in het bijzonder is zich er sterk van bewust dat we weliswaar in abstracto kunnen spreken over welke regels los van het positief recht zouden moeten gelden, maar dat hierbij altijd twist ontstaat, en dat een van de voordelen van de politieke gemeenschap is dat er een bindend scheidsgerecht is, waardoor de onzekerheden van de natuurtoestand worden vermeden en de bescherming van eigendom wordt bevorderd. De ‘regulation of property’ is derhalve een taak van de rechtsstaat: daartoe behoort niet alleen handhaven maar ook vormgeven (door positivering) van de precieze regels die hebben te gelden. In de visie van Weber is het recht weliswaar een voorwaarde voor de ordening, maar dat laat open welke vorm dit recht precies krijgt. Dat laatste ligt in de handen van de juristen: in zoverre is Weber positivist. Bij Adam Smith, tot slot, lijkt het voldoende te zijn dat het recht de drie genoemde doelen bereikt, zonder dat er een eis van maximalisatie geldt. Dat lijkt met andere woorden ruimte te laten voor aanvullende of nadere regels die opnieuw juridisch moeten worden bepaald. Het volstaat voor de rechtvaardiging van een door de staat afgedwongen rechtssysteem dat de basisrechten als eigendom worden verdedigd, maar de wijze waarop is een juridische kwestie: een kwestie van dogmatiek.

Op dit punt zijn drie verdere observaties van belang.

Ten eerste is de handhaving van naleving van contracten op zichzelf reeds een ingrijpen in de markt. Immers waarom zou het nodig zijn contracten af te dwingen; de correctiemechanismen van de markt zelf (zoals reputatie) zouden hier correctief

---

<sup>56</sup> Aldus over *concept* versus *conception*: J. Rawls, *A Theory of Justice*, Belknap: Cambridge, Mass. 1971, p. 5, Dworkin, *Law's Empire*, Hart: Oxford 1998, oorspr. ed. 1986, p. 70-71. Dit lijkt ook het punt te zijn van R.P. Malloy, *Law and Market Economy*, p. 38-56, die betoogt dat er niet een eenduidig begrip markt is en dat het marktproces een voortdurend in ontwikkeling zijnd idee is.

<sup>57</sup> Zie voor Nederland de aanvaarding van de zorgvuldigheidsnorm in HR 31 januari 1919, W. 10365 (Lindenbaum/Cohen); voor Duitsland bijvoorbeeld de uitbreiding van de notie van andere rechten als bedoeld in § 823 lid 1 BGB tot *das Recht am Gewerbebetrieb* (Reichsgericht 27 februari 1904, RGZ 58, 24).

kunnen optreden en voorzover zij dat niet zouden doen, zou dat vanuit de gedachte van de onzichtbare hand van de markt toch vanzelf tot efficiënte resultaten leiden. Tot op zekere hoogte valt het belang van gedwongen naleving ook rechtseconomisch te beredeneren, met name omdat anders opportunistisch gedrag mogelijk zou zijn.<sup>58</sup> Een voorbeeld van dit laatste is het geval dat een reeds betaalde partij weigert te presteren totdat er een additionele som wordt betaald: als er geen mogelijkheid is om nakoming af te dwingen, kan die partij inderdaad feitelijk zijn prestatie ophouden en daarmee extra betaling afdwingen, ook al is daar geen rechtvaardiging voor.<sup>59</sup>

Maar met deze beperkte economische rechtvaardiging voor het verbintenissenrecht wordt voorbijgegaan aan wat waarschijnlijk voor auteurs als Smith en Locke van belang was: de naleving is elementair, fundamenteel voor het functioneren van de markt. Op een markt waar de naleving van de afspraken niet kan worden afgedwongen zal het wantrouwen overheersen en zullen minder transacties tot stand komen dan indien een rechtssysteem handhaving in concreto waarborgt. Dat op de lange duur de markt wellicht corrigerend optreedt, is voor marktdeelnemers onvoldoende: zij willen micro-betrouwbaarheid, geen macro-efficiëntie.<sup>60</sup> Die betrouwbaarheid is evenwel geen algemeen aanvaarde economische waarde; het staat economisch gezien niet vast dat die betrouwbaarheid juridisch moet worden afgedwongen. Dit blijkt het duidelijkst uit de hierboven genoemde theorie van *efficient breach*: de gedachte dat het rechtseconomisch gezien wenselijk is dat opzettelijk wanprestatie wordt gepleegd als daarmee een hoger maatschappelijk welzijn wordt verkregen dan bij strikte nakoming. Juridisch gezien is er dus een ander doel dan economisch: het gaat juridisch gezien om vertrouwen in de markt in de zin van het correcte naleven van de impliciete gedragsnormen, dus het (micro) *marktgedrag* van actoren, terwijl het economisch gezien uiteindelijk veeleer gaat om de (macro) *marktwerking* als gevolg van het collectieve effect van individuele gedragingen.

---

<sup>58</sup> Posner, p. 99 en Shavell, 2004, p. 297 geven enige redenen voor het afdwingen van naleving van contracten.

<sup>59</sup> Vgl. de zaak *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* [1990] 1 All ER 512: daar bleek de additionele betalingsafpraak wel geldig omdat er sprake was van 'practical benefits' en geen sprake van misbruik van omstandigheden o.i.d.

<sup>60</sup> Vgl. ook H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme', afscheidsrede, NJB 2009, p. 2254 e.v. over de wenselijkheid dat partijen mogen vertrouwen (dat niet hetzelfde is als betrouwbaarheid, maar daar voorzover ik de term in dit kader gebruik wel mee samenhangt).

Ten tweede is onduidelijk op welke wijze de naleving zou moeten worden afgedwongen, aangenomen dat men het belang daarvan aanvaardt. Men spreekt veel over ‘handhaving’ zonder dat men zich er altijd voldoende rekenschap van geeft wat hieronder dient te worden verstaan.<sup>61</sup> Het daadwerkelijke volledig afdwingen van normconform gedrag komt ook in het privaatrecht betrekkelijk zelden voor; meestal gaat het om sanctionering, dat weliswaar een handhavende *werking* kan hebben, maar niet noodzakelijk daadwerkelijk leidt tot normconform gedrag. Dit is geen probleem voor het privaatrecht aangezien het privaatrecht in het algemeen niet strekt tot zodanige handhaving; het privaatrecht kent meer doelen dan dat.<sup>62</sup> Wat het privaatrecht wel doet is bepaald gedrag stimuleren of ontmoedigen (en in zoverre handhaven); daarmee wordt veelal een normatief oordeel geveld over de toelaatbaarheid van zeker gedrag. De privaatrechtelijke toelaatbaarheid van gedrag weerspiegelt grotendeels – doch niet volledig<sup>63</sup> – de voor een vrije markt gewenste afbakening tussen toelaatbaar en ontoelaatbaar gedrag. In zoverre ondersteunt en faciliteert het privaatrecht de markt: het staat gedrag toe dat gewenst of toelaatbaar is, en het ontmoedigt wel gedrag dat ongewenst is.

Dit betekent dat er niet op voorhand een rechtstreekse koppeling kan worden gemaakt tussen het doel van handhaving van markttransacties en de privaatrechtelijke regels. Veel privaatrechtelijke normen, zoals de omvang van de schadevergoeding, toerekenbaarheid, overmacht, passen in hoofdlijnen binnen de hierboven genoemde weerspiegeling van marktnormen, maar de uitwerking van deze normen is opnieuw een privaatrechtelijke aangelegenheid waar theorieën omtrent marktgedrag weinig

---

<sup>61</sup> Zo geeft E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, diss. Leiden, Deventer 2009, p. 2 een definitie in termen van het instellen van een vordering, wat niets zegt over wat handhaving *is*. Evenzo wordt dit kennelijk als bekend aangenomen in diverse bijdragen in het handavingsnummer van het WPNR (2008) 6772. Zie voor een beknopte, indringende analyse (met verwijzingen) Kortmann en Sieburgh, Preadvies 2009, par. 1.1 en 1.3.

<sup>62</sup> Nader: Kortmann en Sieburgh, Preadvies. Evenzo T. Hartlief, ‘Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?’, WPNR (2008) 6772. Daarentegen lijkt W.H. van Boom, *Efficacious enforcement in contract and tort*, inaug. rede Rotterdam 2006 uit het feit dat ongewenst gedrag niet volledig wordt voorkomen kennelijk afleidt dat het privaatrecht tekortschiet in de handhaving. Dit lijkt te veronderstellen dat het privaatrecht volledige preventie zou moeten bereiken. Zie H. Collins, *The European Civil Code*, Cambridge 2008, p. 108 e.v. voor een beknopte intrigerende analyse over de toename van regulatieve verwachtingen van het privaatrecht tegenover de (van oudsher) functie van de bescherming van rechten, en de daaruit voortvloeiende nieuwe hybride rol van het privaatrecht.

<sup>63</sup> Zie het hierboven genoemde punt dat er sprake is van een conceptie van de markt, die – wat het recht betreft – mede door juridische c.q. morele normen wordt ingevuld.

over zeggen en geen doorslaggevende rol in spelen. Ook op dit punt is de detaillering van het privaatrecht een *juridische* aangelegenheid.<sup>64</sup>

Van deze detaillering zijn er veel voorbeelden mogelijk, bijvoorbeeld de regulering van eigendom (verbod op fiduciaire eigendom, vereisten voor overdracht van vorderingen, erkenning van nieuwe vormen van eigendom) of de handhaving van contracten. Vereist de contractvrijheid bijvoorbeeld dat bij de tekst of bij de letter van het contract wordt aangesloten? Vergt de handhaving van contracten een volledige schadevergoeding bij wanprestatie, of moet daarentegen slechts voorzienbare, directe schade worden vergoed? In een rechtseconomische visie zou het theoretisch mogelijk moeten zijn op basis van efficiëntie deze vragen eenduidig te beantwoorden, maar er lijken slechts weinig rechtseconomisch algemeen aanvaarde antwoorden te worden gegeven op dergelijke concrete vragen.<sup>65</sup> Dit lijkt ook logisch: de eerdere overwegingen lijken de conclusie te rechtvaardigen dat economen juist een juridische vormgeving van de markt *veronderstellen*. Dan kan niet verwacht worden dat economische instrumenten een eenduidig antwoord geven op de vraag hoe die juridische vormgeving eruit moet zien.<sup>66</sup> Wanneer het gaat om privaatrechtelijke regels die een markt mogelijk maken – zoals de erkenning van nieuwe absolute rechten als naburige rechten of emissierechten of de splitsing van horizontale eigendom – kan het bovendien per definitie niet gaan om het louter ondersteunen van een pre-existente markt, integendeel bepaalt het privaatrecht dan de algemene structuur van de markt.

Ten derde geschiedt de weerspiegeling van marktgedrag in het privaatrecht nog op een andere wijze: door het zuivere faciliteren van zekere transacties los van concrete sancties. De erkenning van buiten-juridische constructies in het privaatrecht is daar een voorbeeld van; de rechtsgeschiedenis laat daar vele voorbeelden van zien zoals vertegenwoordiging, rechtspersonen etcetera. Deze facilitering houdt in dat het privaatrecht deze transacties erkent en daar juridisch de gevolgen aan verbindt die men buiten-juridisch ook verwacht en aanneemt. Hier kan een zekere wisselwerking ontstaan tussen praktijk en recht, doordat een figuur die de praktijk wenst op zeker

---

<sup>64</sup> Vgl. de bijdrage van Peter van Schilfgaarde over de wijze waarop de taalpraktijk van het recht hier nader vorm aan geeft.

<sup>65</sup> Vgl. het gematigd kritische overzicht van E.A. Posner, 'Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?', Yale Law Journal 112 (2003), p. 829-880.

<sup>66</sup> Vgl. voor dit punt ook J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag, BJu 2009, p. 102. Milhaupt en Pistor (bv. p. 28, 219) spreken dan ook over een wisselwerking (rolling relationship) tussen recht en markt.

moment in het privaatrecht wordt erkend en eerst dan in de praktijk een grote vlucht neemt,<sup>67</sup> of doordat een in de praktijk aangenomen handelswijze juridisch wordt bevestigd.<sup>68</sup> De weerspiegeling is niet absoluut; zo wordt bijvoorbeeld economisch eigendom juridisch niet als zodanig beschermd.<sup>69</sup> Alhoewel deze juridische erkenning niet per se nodig is voor het bestaan van een feitelijke praktijk,<sup>70</sup> is de juridische erkenning hiervan wel een belangrijke steun in de rug en soms zelfs voorwaarde voor het daadwerkelijke ontstaan van een dergelijke praktijk.<sup>71</sup> Voorzover men hier kan spreken van sancties bestaan deze uit het toekennen of weigeren van *rechtsgevolg* aan zekere handelingen en transacties.

Men zou kunnen denken dat deze zwakke vormen van regulering van het privaatrecht afbreuk doen aan haar effectiviteit. Dit is echter allerminst het geval; er wordt veel belang aan gehecht dat het privaatrecht aansluit bij zekere transacties, ook al zouden deze transacties buiten het privaatrecht om nog steeds kunnen plaatsvinden. Een eenvoudige reden hiervoor kan men vinden in de wens om insolventierisico's te vermijden. In insolventie prevaleert immers uiteindelijk de juridische realiteit.<sup>72</sup> Dit gegeven is indicatief voor een fundamentele punt: het privaatrecht geeft zelf mede vorm aan de realiteit.<sup>73</sup> De resultaten die men met transacties wil bereiken zijn niet zuiver feitelijk maar veelal tevens juridisch: men beoogt rechtsfeiten, geen blote feiten. Dit is wezenlijk voor het privaatrecht, in veel sterkere mate dan het strafrecht (vermoedelijk willen burgers over het algemeen juist niet dat daden tot strafrechtelijke

---

<sup>67</sup> Zoals ten aanzien van stil pandrecht.

<sup>68</sup> Zoals bij de praktijk ten aanzien van verpanding door middel van pandlijsten, zie HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (Spaarbank Rivierland/mr. Gispen q.q.) tot aan HR 20 september 2002, NJ 2004, 182 (mr. Mulder q.q./Rabobank). Deze rechtspraak heeft kennelijk ook weer de praktijk beïnvloed, doordat het stimulerend werkte voor het werken met zodanige pandlijsten.

<sup>69</sup> Vgl. HR 3 november 2006, NJ 2007, 155. Zie echter HR 27 februari 2009, NJ 2009, 318 (Stichting Waaldijk 8/mr. Aerts q.q.), waarin de waarde van een pand dat feitelijk in economisch eigendom van de gefailleerde was (het genot en de beschikkingsbevoegdheid kwam hem de facto exclusief toe) toch weer aan de boedel diende te worden vergoed (en daarmee in feite werd behandeld alsof het tot het vermogen van gefailleerde behoorde) op grond van misbruik van identiteitsverschil.

<sup>70</sup> Denk bv. aan schemergebieden als islamitische financieringsvormen, waarover o.a. S.A.J. van Rossum, 'Islamitisch financieren onder Nederlands civiel recht', *Ondernemingsrecht* 2009, nr. 86, R.P.J.L. Tjittes, 'Islamitisch financieren in Nederland', *RMThemis* 2008, p. 136-144, C.P. Hooft en N.E. Muller, 'Shari'a-conforme woningfinanciering ontsluit', *WPNR* 6765 (2008).

<sup>71</sup> Denk bv. aan de kwaliteitsrekening die vooral wordt benut omdat deze juridisch het gevolg heeft van een afgescheiden vermogen.

<sup>72</sup> Zoals Nieuwenhuis (Hoofdstukken vermogensrecht, 8<sup>e</sup> dr. 2006, p. 7) zo beeldend uitdrukt: het faillissement is de lakmoesproef van het vermogensrecht.

<sup>73</sup> Ik sluit hierbij aan bij MacCormick, *Institutions of Law*, p. 11 e.v., eerder N. MacCormick en O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht: Reidel 1986, en D.W.P. Ruiters, *Institutional Legal Facts*, Dordrecht: Kluwer 1993. De gedachte gaat terug op het filosofische werk van J.R. Searle, met name *Speech Acts*, Cambridge 1969 en relatief recent *The Construction of Social Reality*, Harmondsworth 1995. Het voert in dit kader te ver om dit punt diepgaand uit te werken.



feiten leiden) of het bestuursrecht (waar men hooguit beschikkingen uitlokt die echter daden van het bestuur zijn, niet van burgers zelf).

Dit alles betekent dat het privaatrecht de markt anders, wellicht sterker ondersteunt dan men geneigd zou zijn te denken: het gaat niet om een loutere externe ondersteuning in de vorm van sancties, maar ook om een weerspiegeling in de juridische realiteit van rechtsfeiten. Waar strafrechtelijke regulering zou neerkomen op ontmoediging van ongewenst gedrag, kan het privaatrecht in de nerven van de transacties zelf treden door ongewenste daden of effecten eenvoudigweg niet te erkennen (bijvoorbeeld door nietigheid) of er geen rechtsgevolgen aan te verbinden (bijvoorbeeld door geen overdracht aan te nemen). Men kan zagezegd spreken van de onzichtbare hand van het recht waarmee dusdoende een bijzondere wijze van beïnvloeding van de werkelijkheid plaatsvindt; niet louter door wijziging van gedrag maar mede door aanpassing van gevolgen die aan gedrag worden verbonden. Deze wijze van regulering past bij een marktmaatschappij die vrijheid vooropstelt: de vrijheid van individuen wordt niet rechtstreeks ingeperkt door harde verboden of geboden; er wordt slechts aangegeven dat wie bepaalde juridische gevolgen wenst te bereiken maar beter zijn daden daarop kan aanpassen.

Kortom: de regels van het recht lijken niet zonder meer op te gaan in de handhavingfunctie of beschermende functie van het recht. Het recht gaat uit van een eigen ideaal van de markt, deels moreel beïnvloed, en de wijze waarop het recht dit stimuleert is niet door strikte handhaving van normconform gedrag doch vooral door ‘prikkels’ en door facilitering van correct gedrag. De wijze waarop dit in detail gebeurt kan niet rechtstreeks worden afgeleid uit de waarborgfunctie van het recht; de detaillering van deze regels is bij uitstek het domein van juristen.<sup>74</sup> Het recht beschermt de markt als zodanig, maar omgekeerd vormt het recht ook de markt: het bepaalt wat voor type markt we hebben.

Dat het privaatrecht niet geheel neutraal de vrije markt ondersteunt, verklaart mede de pogingen van de Europese Unie om direct of indirect het privaatrecht verder te harmoniseren. De nationale markten werken immers *vanwege* de diversiteit in

---

<sup>74</sup> Vgl. Langemeijer, p. 44, wijzend op de zogenaamde ‘technische’ regelingen in het privaatrecht. Evenzo D. Campbell, ‘Breach of contract and the efficiency of markets’, in: Copp, p. 140-157, op p. 155 ten aanzien van contractenrecht. Het door hem besproken geval van eventuele vergoeding van gevolgschade ingeval van wanprestatie is een goed voorbeeld: het is niet aanstonds duidelijk of partijen bij het sluiten van een overeenkomst onder ogen hebben gezien of zulke schade wel of niet moet worden vergoed, zodat het lastig is om louter op basis van het contract een beslissing te nemen, terwijl er economisch gezien ook niet zonder meer één antwoord is aangewezen.

privaatrechtsinterpretaties met verschillende concepties van de markt, die alle op hun eigen termen verdedigbaar zijn maar wel ertoe leiden dat er geen eenvormige communautaire markt is. Omdat er wel wordt gedacht dat het privaatrecht in principe neutraal staat tegenover de vrije markt, wekt dit harmonisatiestreven wrevel als eenodeloze inbreuk op het autonome privaatrecht: oorspronkelijk zal hier bij de oprichting van de Europese Gemeenschap ook niet aan zijn gedacht. Wat er ook zij van de wenselijkheid van zodanige harmonisatie, duidelijk is wel dat *indien* men een volledig eenvormige communautaire markt zou wensen, dit ook een nagenoeg volledig geharmoniseerd privaatrecht zal vereisen. Dat kan zich dan echter ook niet louter tot het niveau van regels beperken, aangezien het privaatrecht meer is dan de in de wet neergelegde regels: nodig is dan onder meer een harmonisatie van de dogmatiek die de regels doet leven, en het is de vraag of het wel in het vermogen van een wetgever ligt om die harmonisatie teweeg te brengen.<sup>75</sup>

#### 6. *Opnieuw: egoïsme, markt, en privaatrecht*

We lijken inmiddels enigszins afgedwaald van de vraag waarmee werd begonnen: wat is de relatie tussen markt en privaatrecht; en de nevenvraag: in hoeverre is (tegenwoordig) het BW de bijbel van het egoïsme. In zeker opzicht zijn zowel Heine en Langemeijer als de moderne economisch geörienteerde theoretici eensluidend erover dat gerechtigheid en markt tegenpolen zijn. Met het voorgaand heb ik willen betogen dat dit onjuist is.

Allereerst is het recht zelf geen zuiver uitvloeisel van het marktdenken, maar geeft het integendeel mede vorm aan wat de markt inhoudt. Het is die concrete vormgeving die bij uitstek het werk van juristen is en ook datgene uitmaakt wat hen enthousiasmeert bij concrete discussies over het recht<sup>76</sup>: voor ons is het niet willekeurig hoe een zekere rechtsregel luidt. Het richtsnoer voor het recht is niet louter efficiëntie doch integendeel – en daar sluit het dus aan bij sommige oudere economisch en politieke denkers – een theorie van voorafgaande verdelingen van rechten. Die verdeling vormt weliswaar mede een goede basis voor een vrije markt, maar staat daar niet louter ten dienste van; integendeel is die verdeling van rechten

---

<sup>75</sup> Vgl. N. Jansen, ‘The Authority of the Academic “Draft Common Frame of Reference”’, SSRN paper 1264011 (<http://ssrn.com/abstract=1264011>), H. Collins, *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge University Press: Cambridge 2008.

<sup>76</sup> Vgl. Langemeijer, p. 45-46: de vraag welke beslissing naar ons recht en de gerechtigheid aanvaardbaar is, kan ons passioneren.

zelf een uiting van gerechtigheid. Het recht stelt niet de efficiëntie voorop, maar de verdediging van rechten die mede een basis voor de vrije markt opleveren.

Dus kan men spreken over de bijbel van het egoïsme? Het antwoord luidt in zekere zin: ja! Immers het BW laat zien langs welke lijnen en in welke vormen het egoïsme in onze samenleving wordt toegelaten; het is de bijbel in de zin van een handboek, een specificatie van de precieze regels van het geloof dat iemand aanhangt. Het is echter niet de bijbel van het egoïsme indien men de bijbel opvat als belichaming van het geloof, datgene wat dat werk drijft.

Deze overwegingen leiden tot slot tot een afwijkend antwoord op de vraag of er een ontwikkeling naar grotere gerechtigheid is waar te nemen. Het privaatrecht is in zeker opzicht, ik heb het al gezegd, sterk op de markt geënt, door de fundamentele betekenis van enkele concepten die ook de vrije markt drijven. Inmiddels wordt echter gezien dat er nieuwe fenomenen zijn die minder goed passen in een strikt onderscheid tussen onrechtmatige daad en contract, tussen hiërarchie (met de bijbehorende vormen van interne controle en externe aansprakelijkheid) en marktvrijheid (alleen beperkt door de eisen van het ongeschreven recht naast eventuele contractuele verplichtingen).<sup>77</sup> In het recht vallen dergelijke vormen van organisatie moeilijk te plaatsen, wat leidt tot nog steeds onvoldoende begrepen figuren als de derdenwerking van overeenkomsten,<sup>78</sup> samenhangende overeenkomsten,<sup>79</sup> of samenwerkingsvormen anders dan maatschappen of rechtspersonen.<sup>80</sup> Het recht heeft de basiscategorieën van het markt- en economisch denken mede gevormd door het strikte onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad, omgekeerd heeft de economie de juridische doctrine tegenwoordig beïnvloed met begrippen als transactiekosten, externaliteiten, efficiëntie. Maar misschien is het tegenwoordig nodig om ook rekening te houden met fenomenen van menselijke interactie die in de klassieke economische zienswijze onvoldoende naar voren komen. Het gaat dan niet om een irrationele zuivere onbaatzuchtigheid, noch om volledig egoïsme, maar om een samenwerking waar alle partijen beter van worden. Onder welke omstandigheden aan zodanige samenwerking

---

<sup>77</sup> Vgl. Walter W. Powell, 'Neither market nor hierarchy: network forms of organization', *Research in Organizational Behavior* 12 (1990), 295-336.

<sup>78</sup> C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. Amsterdam (UvA) 1999.

<sup>79</sup> M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, diss. Tilburg 2006.

<sup>80</sup> Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, C.J.M. van Doorn, C.B.M.C. Zegveld, M.J. van Laarhoven, 'Een juridisch beoordelingskader voor samenwerking', *NTBR* 2009/7, p. 238-248.

gevolgen moeten worden verbonden is, wanneer men niet in de overgeleverde categorieën wil blijven vastzitten, vooralsnog een open vraag.