

Naming en shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen

Judith van Erp¹

Gepubliceerd in:

W. van Boom, I. Giesen en A. Verheij (red), Gedrag en Privaatrecht, over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, hoofdstuk 7, p. 153-180.

Zie www.gedragenprivaatrecht.nl

Samenvatting

Laten ondernemingen zich afschrikken door de dreiging van schadevergoeding? Die vraag staat in deze bijdrage centraal. In de discussie over preventieve effecten van schadevergoedingen wordt vaak uitsluitend gerefereerd aan de directe kosten van te vergoeden schade. De afschrikwekkende werking daarvan is onvoldoende om in effectieve preventie te kunnen voorzien. Uit empirisch onderzoek naar de handelsbetrekkingen tussen ondernemingen wordt duidelijk dat *reputatie* een cruciale factor is bij het begrijpen van de afschrikwekkende werking van schadevergoedingen. Ondernemers komen hun afspraken na omdat ze anders reputatieschade lijden. Dit reputatie-effect treedt echter alleen op als er een informatiecircuit is waarbinnen reputatie-informatie wordt verspreid. In het Nederlandse schadevergoedingsrecht lijkt vooral die informatieverspreiding over schadevergoedingen een effectieve regulering door middel van reputatie-effecten in de weg te staan. Schadevergoedingszaken tussen ondernemingen worden meestal geschikt en komen niet in de publiciteit. Negatieve publiciteit over schadevergoedingen, *naming en shaming*, zou de reputatie-effecten kunnen vergroten en daarmee kunnen bijdragen aan een sterkere preventieve werking van de schadevergoeding.

1. Inleiding

Het preventieve effect van de schadevergoeding

Iemand die een ander schade berokkent door een onrechtmatige daad of wanprestatie, moet deze schade vergoeden. Compensatie van de geleden schade wordt beschouwd als de primaire functie van het schadevergoedingsrecht. De effecten van schadevergoeding beperken zich echter niet tot het individuele geval waarop de norm wordt toegepast. De norm is per definitie ook op toekomstige gevallen gericht². Algemeen wordt daarom aan het aansprakelijkheidsrecht ook een maatschappelijk effect toegeschreven: dat van preventie. "De wetenschap aanzienlijke schadevergoeding te moeten betalen indien schade aan derden wordt berokkend, kan een heilzame werking uitoefenen op het gedrag van personen. Zulks in dier voege dat zij trachten de schade te voorkomen", stelt Spier in zijn standaardwerk over verbintenissen en schadevergoeding³. Ook Kroeze stelt dat naast herstel, een minstens zo belangrijke functie van het aansprakelijkheidsrecht is dat met de schadevergoeding een maatschappelijke norm wordt gehandhaafd, die de schadetoebrenger heeft geschonden. Anderen zullen hun gedrag aanpassen om te voorkomen dat zij ook aansprakelijk zullen worden gesteld⁴. Van Dunné noemt als "gangbaar voorbeeld" de zeer winstgevende publicatie van foto's van bekende personen door de roddelpers. "Die extra winst wil men kunnen afromen, *ter afschrikking* van dergelijke pers-piraten en hun praktijken" (cursivering jve). Van Boom stelt dat aansprakelijkheid drie doelen heeft: recht doen aan de benadeelde, herstel of correctie van diens positie, en het bieden van een *negatieve prikkel* aan de "dader"

¹ De auteur ontvangt een persoonsgebonden subsidie van NWO. Dank aan Marinke te Pest die als student-assistent een deel van de jurisprudentie verzamelde.

² Dunné, J.M. van., *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 2001.

³ Spier, J. "Doel en functie van het aansprakelijkheidsrecht", in: Spier, J., T. Hartlief, G. van Maanen & R. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2003.

⁴ Kroeze, M.J., *Bange Bestuurders*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 2.

en eventuele anderen die vergelijkbare schade zouden kunnen toebrengen (cursivering jve)⁵. Verheij werkt de rechtshandhavende functie van schadevergoeding uit, en onderscheidt deze van de preventieve werking. Rechtshandhaving gaat vooraf aan preventie, maar van de toekenning van smartengeld kan wel een preventieve werking uitgaan⁶. Lindenbergh gebruikt het begrip “generale preventie” zoals dat ook in het strafrecht wordt gehanteerd⁷. Net als voor de meeste juristen moet generale preventie volgens hem als een, overigens bepaald niet ongewenst, neveneffect worden beschouwd, omdat de schadevergoeding doorgaans niet is vormgegeven met het oog hierop. Voor rechtseconomen is preventie zelfs de belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht⁸.

Hoewel blijkens het bovenstaande het schadevergoedingsrecht door veel auteurs wel een zekere preventieve of afschrikwekkende werking wordt toegeschreven, plaatsen de meeste auteurs hier toch direct vraagtekens bij. Zo noemt Spier in de hierboven geciteerde passage het werkelijk bestaan van dit preventieve effect “omstreden”. Lindenbergh stelt dat het preventieve effect zal verschillen naar gelang de toebrenger van de schade zich calculerend opstelt, en naarmate de verplichting tot vergoeding van de schade in die afweging wordt betrokken⁹. Ook uit zijn opmerking dat de schadevergoeding niet wordt ontworpen met het oog op preventie, kunnen we afleiden dat preventie geen belangrijke rol speelt in de rechtspraak omtrent schadevergoedingen. En in deze bundel relateert Giesen de “opvoedende waarde” van het aansprakelijkheidsrecht, door te laten zien dat een leereffect pas optreedt als degene die de schade heeft veroorzaakt, zich ook werkelijk verantwoordelijk voelt en niet de schuld op een ander schuift.

De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht wordt door een aantal zaken belemmerd¹⁰. In de eerste plaats werkt het aansprakelijkheidsrecht achteraf, als het kwaad al is geschied. Ten tweede is het afhankelijk van de bereidheid van individuele partijen om de toebrenger van de schade aansprakelijk te stellen. Dit is een kostbare, tijdrovende procedure, waardoor het risico bestaat dat partijen het erbij laten zitten. Dat risico is er zeker bij massaschade waarin elke individuele partij slechts een geringe schade heeft geleden (“strooischade”). Ten derde is de omvang van de schadevergoeding, en daarmee de negatieve prikkel die ervan uitgaat, afhankelijk van de geleden schade. Zeker in geval van immateriële schade, biedt de schadevergoeding daarmee niet voldoende negatieve prikkel om af te schrikken en kan een handhavingstekort ontstaan. Voor de roddelbladen vormt de schadevergoeding en rectificatie bijvoorbeeld geen voldoende prikkel om hen vooraf de juiste keuzes te laten maken¹¹. De schadevergoeding wordt ingecalculeerd als “risico van het vak” en weegt niet op tegen de extra verkoopopbrengst als gevolg van de onrechtmatige publicaties. Daarom wordt wel voorgesteld om hogere bedragen ter rechtshandhaving toe te kennen¹².

Uit het bovenstaande wordt duidelijk dat de twijfels over de preventieve werking van de schadevergoeding veelal betrekking hebben op het probleem dat de schadevergoeding *onvoldoende* zou afschrikken, gezien de hoogte van het te betalen bedrag of de kans dat een procedure wordt gestart of met succes (voor de eiser) wordt beëindigd. Met andere woorden: de kosten van overtreding zijn te laag in verhouding tot de baten. De discussie over de preventieve werking van de schadevergoeding in het privaatrecht vertoont daarmee grote parallellen met klassieke benaderingen van generale preventie en afschrikking in het

⁵ Boom, W. van, *Efficacious enforcement in contract and tort*, Den Haag, Boom, 2006, p. 18.

⁶ Verheij, A.J., *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002, p.448.

⁷ Lindenbergh, S. *Smartengeld*, Deventer, Kuwer, 1998.

⁸ Faure, M., A. “Selection of empirical socio-economic research with respect to the functioning of legal rules and institutions in Belgium and the Netherlands”. in: *European Journal of Law and Economics*, jg. 11, nr. 3, 2001, p. 224.

⁹ Lindenbergh, S. *Smartengeld*, Deventer, Kuwer, 1998, p. 46.

¹⁰ Boom, W. van, *Efficacious enforcement in contract and tort*, Den Haag, Boom, 2006

¹¹ Hartlief, T. “Gij zult handhaven!”, in: *Nederlands JuristenBlad*, nr. 15, 2007.

¹² Verheij, A.J., *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002.

strafrecht. Klassieke strafrechtelijke theorieën over afschrikking hanteren een rationele-actorperspectief op overtredingsgedrag: de normadressant weegt bij de beslissing om regels na te leven dan wel te overtreden, de ingeschatte kosten en baten van een overtreding tegen elkaar af¹³. De pakkans en de zwaarte van de verwachte sanctie, en de opbrengst van de overtreding, zijn in deze afweging cruciale factoren. Ze kunnen worden beschouwd als de strafrechtelijke equivalenten van de hoogte van de schadevergoeding in het privaatrecht. Niet alleen de gehanteerde verklaringsmodellen stemmen overeen. Om theorieën over preventie te illustreren, wordt zowel in de literatuur over schadevergoedingen als over generale preventie van organisatiecriminaliteit in het strafrecht, dezelfde archetypische casus opgevoerd: de Ford Pinto affaire.

De rationele onderneming: de Ford Pinto affaire

Ford introduceerde in 1970 de Pinto, een nieuw model compacte personenauto waarmee het bedrijf de Japanse concurrentie het hoofd wilde bieden. Ford bracht de Pinto op de markt ondanks het feit dat bij botsproeven regelmatig explosies van de benzinetank hadden plaatsgevonden. Technische verbetering van de benzinetank zou 137 miljoen dollar kosten. In een intern rapport dat later boven water kwam, raamde Ford de kosten van de schadevergoedingen die aan de families van de slachtoffers (die dus nog moesten gaan vallen) betaald zouden moeten worden op 49,5 miljoen dollar: 200.000 dollar per mensenleven. Op basis van deze calculatie zette Ford de verkoop van de Pinto door, waarna zich in de loop van de daaropvolgende jaren inderdaad een aantal ernstige en fatale ongevallen voordeed. Het vervolg van de Ford Pintozaak kan alleen in superlatieven beschreven worden: Ford doorstond een van de grootste publiciteitscrises in de geschiedenis van ondernemingen; aan een van de eerste slachtoffers werd een (toendertijd) recordbedrag van 125 miljoen aan *punitive damages* toegekend; de Pinto werd onderwerp van een van de grootste product recalls aller tijden; en tegen Ford werd een tot op dat moment ongekende strafzaak voor productaansprakelijkheid gestart¹⁴.

De Ford Pinto affaire zoals die in de literatuur wordt gepresenteerd, reflecteert de wijze waarop in het aansprakelijkheidsrecht en de criminologie lange tijd werd aangekeken tegen overtredende ondernemingen: rationeel calculerende actoren die welbewust kosten en baten van overtredingen tegen elkaar afwegen. In de literatuur over organisatiecriminaliteit is Ford daarmee hét symbool van de rationele, amorele onderneming die “winst boven mensenlevens” plaatst¹⁵. In de literatuur over aansprakelijkheidsrecht komen we de Ford Pintozaak vaak tegen ter illustratie van de preventieve werking van schadevergoeding – en de gebreken daarvan in de praktijk. Enerzijds weegt Ford de winst van het op de markt brengen van een product af tegen de kosten van de te betalen schadevergoeding, waarmee de preventieve werking van de schadevergoeding in theorie kan worden geïllustreerd. Tegelijkertijd laat de Ford Pintozaak ons zien dat de dreiging van schadevergoeding onvoldoende is om te voorkomen dat onveilige producten op de markt worden gebracht.

Vanuit deze gedachtengang is de voor de hand liggende oplossing van de tekortschietende preventieve werking van de schadevergoeding: hogere schadevergoedingen, opdat de kosten ervan de baten van overtredingen overstijgen. In Nederland vinden we de weerklink van deze redenering in pleidooien voor *punitive damages* ofwel een civiele boete¹⁶. Aan deze boete is bij uitstek het aspect van afschrikking ofwel preventie verbonden. De civiele boete is een bedrag dat, bovenop de reguliere schadevergoeding die bedoeld is ter compensatie van geleden schade, wordt opgelegd om eventuele opzet van de schadetoebrenger extra te

¹³ Zie o.a. Kagan, R.A., & J.T. Scholz, “The “Criminology of the Corporation” and Regulatory Enforcement Strategies”, in: Hawkins, K., & J.M. Thomas (eds.), *Enforcing Regulation*, Boston, Kluwer, 1984, p. 67-95; Nagin, D.S., “Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-first Century”, in: *Crime and Justice*, no. 23, 1998, pp. 1-42.

¹⁴ Lee, M.T., & M.D. Ermann, “Pinto Madness, Flaws in the Generally Accepted Landmark Narrative”, in: Ermann, M.D., & R.J. Lundmann, *Corporate and Governmental Deviance, Problems of organizational behavior in contemporary society*, New York, Oxford University Press, 2002, pp.277-305.

¹⁵ Bijv. Lanier, M.M. & S. Henry, *Essential criminology*, Boulder, Westview Press, 2004, p.96.

¹⁶ Bolt, A.T. & J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, no.48, 1993.

bestrafen. Doel daarvan is vergelding, maar ook het voorkomen en afschrikken van het betreffende gedrag.

Het beeld van de rationeel handelende onderneming is in de literatuur inmiddels echter grondig bijgesteld. Uit empirisch onderzoek naar ondernemingen rijst een heel ander beeld dan dat van de rationeel calculerende actor. Ondernemingen maken fouten, beschikken niet over volledige informatie of overzicht, zijn intern verdeeld, overschatten hun kansen en hechten meer waarde aan potentiële winst dan aan potentiële verlies¹⁷. Dat ondernemingen in werkelijkheid geen perfecte beslissers zijn blijkt al uit de Ford Pintozaak. Ford schat het aan schadevergoeding te betalen bedrag volkomen verkeerd in: in plaats van 49,5 miljoen in totaal, moet de onderneming alleen al aan één slachtoffer 125 miljoen dollar betalen. Nog meer dan het ongekend hoge bedrag aan schadevergoeding zal Ford schade hebben geleden door de negatieve publiciteit en het stigma van de strafrechtelijke vervolging. Recent nieuw onderzoek naar de Ford Pinto affaire laat zien dat het beeld van Ford als rationele beslisser op meer punten inadequaat is¹⁸. In plaats van een weloverwogen besluit op één moment in de tijd, is sprake van een betrekkelijk onreflexief proces dat zich afspeelt in vele lagen van de organisatie en haar omgeving; en op vele momenten in de tijd. Een bewuste afweging van kosten en baten van schadevergoeding blijkt in het geheel niet te hebben plaatsgevonden. De beruchte interne notitie waarin kosten en baten tegen elkaar werden afgezet, blijkt pas te zijn opgesteld enkele jaren nádat de Pinto op de markt werd gebracht, waardoor deze notitie geen rol kan hebben gespeeld in de besluitvorming over de introductie van het nieuwe type. De testresultaten van de benzinetank blijken niet zo eenduidig als werd verondersteld, en bovendien was het uitvoeren van veiligheidstests een nieuwe ontwikkeling en was het meewegen van de resultaten daarvan in managementbeslissingen nog niet ingeburgerd. En het belangrijkste: de auto-industrie was een gesloten wereld waarin de opvattingen over risico's in betrekkelijke isolatie van de maatschappelijke omgeving tot standkwamen. De veiligheidsrichtlijnen waren het resultaat van een besloten onderhandelingsproces tussen de industrie en de overheid, waarin maatschappelijke invloeden niet doordrongen. In hedendaagse colleges over organisatiecriminaliteit figureert de Ford Pinto affaire dan ook niet als voorbeeld van doelgericht en calculerend handelen, maar als voorbeeld van de onvolkomenheid van besluitvorming binnen ondernemingen en het onvermogen van bedrijven om de economische en maatschappelijke gevolgen van hun handelen goed in te schatten¹⁹.

Generale preventie in het strafrecht

De verandering in het denken over de Ford Pinto affaire weerspiegelt die in het denken over generale preventie in het strafrecht. Uit verschillende studies blijkt dat bedrijven de gevolgen in termen van reputatieverlies en reacties van de sociale omgeving veel erger vinden dan een boete door de overheid, die soms jaren later wordt opgelegd. Modernere afschrikkingstheorieën geven daarom in de eerste plaats meer aandacht aan de vraag welke kosten en baten in de besluitvorming moeten worden betrokken²⁰. In de tweede plaats wordt het vraagstuk van de informatieverwerking en besluitvorming binnen ondernemingen nadrukkelijk centraal gesteld. De verklaring voor de Pinto affaire ligt bijvoorbeeld niet in het feit dat de kosten van schadevergoeding niet opwegen tegen die van de aanpassing van het ontwerp, maar in gebreken in de informatieverwerking en besluitvorming bij Ford. Op dezelfde manier stellen hedendaagse auteurs over afschrikking de vraag hoe informatie over strafrechtelijke sancties wordt verspreid en geïnterpreteerd door de doelgroep²¹. In een

¹⁷ De zogenaamde "self-serving bias", zie de bijdrage van Giesen in deze bundel.

¹⁸ Lee, M.Y. & M.D. Ermann, "Pinto Madness, Flaws in the Generally Accepted Landmark Narrative". In: Ermann, M.D., & R.J. Lundmann. *Corporate and Governmental Deviance, Problems of organizational behavior in contemporary society*. New York, Oxford University Press, 2002, pp.277-305.

¹⁹ Bunt, H.G. van de. *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem, Gouda Quint, 1992.

²⁰ Zie o.a. May, P., "Compliance Motivations, Affirmative and Negative Bases", in: *Law & Society Review*, vol.38, no. 1, 2004; Simpson, S.S., *Corporate Crime, Law, and Social Control*. New York, Cambridge University Press, 2002, en Braithwaite, J., *Crime, shame and reintegration*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

²¹ Zie o.a. Braithwaite, J., *Crime, shame and reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

recent onderzoek waarin een aantal in het oog springende opgelegde strafrechtelijke sancties werd voorgelegd aan een groep bedrijven, werd bijvoorbeeld duidelijk dat veel strafrechtelijke sancties niet of nauwelijks bekend waren, en dat de hoogte van de boete door deze groep veel lager werd ingeschat dan de werkelijk opgelegde boete²².

Dat de empirische werkelijkheid niet overeenstemt met het model van de onderneming als rationele actor, doet overigens niet af aan de waarde van de rationele keuzebenadering. Het rationele keuzemodel beoogt namelijk niet een zo adequaat mogelijke *beschrijving* te bieden van de empirische werkelijkheid, maar gedrag te *modelleren* teneinde theorieën te ontwikkelen over de collectieve uitkomsten van dat gedrag. In moderne rationele keuzebenaderingen zijn de inzichten uit empirisch onderzoek naar besluitvormingsgedrag (van zowel ondernemingen als individuen) verwerkt. Zo wordt rekening gehouden met allerlei gebreken in informatieverwerking, door uit te gaan van bounded rationality²³.

De sociaalwetenschappelijke literatuur over afschrikking in het strafrecht heeft, samenvattend, een ontwikkeling doorgemaakt van een rationele actormodel naar een meer empirisch georiënteerd verklaringsmodel waarin de aard van de kosten van sancties en de communicatie en informatieverwerking over sancties centraal staan. Kunnen deze inzichten ook vruchtbaar zijn voor het denken over de preventieve werking van de schadevergoeding in het privaatrecht? Deze bijdrage vormt een poging de verklarende factoren in de strafrechtelijke theorieën over afschrikking te vertalen naar het terrein van privaatrecht. Van het strafrecht kunnen we leren dat de preventieve werking van de schadevergoeding beter kan worden begrepen als we inzicht te hebben in de aard van de *kosten* die schadevergoedingen met zich meebrengen, en de verspreiding en verwerking van *informatie* over schadevergoedingen. In deze bijdrage zal ik deze twee onderwerpen verder uitwerken.

Empirische kennis over het preventieve effect van schadevergoedingen

Empirische kennis over het preventieve effect van het aansprakelijkheidsrecht is schaars, zeker voor Nederland en België²⁴. Visscher geeft een overzicht van statistische studies naar de preventieve werking van het onrechtmatige daadsrecht in het verkeersrecht, medische behandeling, productaansprakelijkheid, milieu-aansprakelijkheid en bedrijfsongevallen en beroepsziekten²⁵. In dergelijke onderzoeken wordt getracht een samenhang te vinden tussen het stelsel van aansprakelijkheid en de maatschappelijke uitkomst, meestal het aantal ongevallen. Uit dit onderzoek blijkt niet eenduidig dat het onrechtmatige daadsrecht een preventieve werking heeft. Bovendien betreft het voornamelijk onderzoek in de Verenigde Staten. Opvallend genoeg biedt de verkeersaansprakelijkheid de meeste aanwijzingen voor het bestaan van een preventieve werking²⁶. Dat is opmerkelijk, want juist verkeersgedrag is routinegedrag waarbij het niet waarschijnlijk is dat een rationele afweging plaatsvindt van de baten en kosten van eventueel veroorzaakte schade. Het is niet goed denkbaar dat roekeloos gedrag van een automobilist een "keuze" is die beïnvloed wordt door de verplichting de veroorzaakte schade geheel of slechts gedeeltelijk te moeten vergoeden. Hoe dan ook suggereren de onderzoeksresultaten alleen een preventief effect op het niveau van het rechtssysteem, dat wil zeggen er worden verschillen geconstateerd tussen rechtssystemen waarin automobilisten niet (geheel) aansprakelijk zijn voor veroorzaakte schade en

²² Gunningham, N., R.A. Kagan & D. Thornton, "General Deterrence and Corporate Environmental Behavior", in: *Law and Policy*, vol.27, no.2, 2005, pp.262-288

²³ Zie bijvoorbeeld Posner, E., *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

²⁴ Faure, M., A. "Selection of empirical socio-economic research with respect to the functioning of legal rules and institutions in Belgium and the Netherlands". in: *European Journal of Law and Economics*, jg. 11, nr. 3, 2001.

²⁵ Visscher, L.T., *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Diss. Universiteit Rotterdam, 2005.

²⁶ Zie voor een uitgebreid onderzoek naar de preventieve werking van verkeersaansprakelijkheid Van Dam, M., *Verkeersongevallen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001. Ook in dit onderzoek wordt geen empirische onderbouwing gevonden van de invloed van verkeersaansprakelijkheidsregels op ongevallen.

rechtssystemen waarin die aansprakelijkheid vollediger is²⁷. Er wordt geen preventief effect gemeten van individuele schadevergoedingszaken.

Opzet van deze bijdrage

Er is dus niet veel empirisch onderzoek beschikbaar waarin de mate waarin en de wijze waarop het aansprakelijkheidsrecht preventief werkt rechtstreeks wordt bestudeerd. Bovendien geven de resultaten die er zijn, niet direct aanknopingspunten voor theorievorming. In deze bijdrage wordt daarom een andere bron aangeboord die inzicht kan geven in de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Binnen de rechtssociologie is uitgebreid en in vele case studies onderzoek gedaan naar de rol van het contractenrecht in het handelsverkeer tussen ondernemingen. Aan de basis van deze onderzoekstraditie ligt Stewart Macaulay's *Relational Theory of Contracts*. In dit onderzoek wordt over het algemeen een wat breder perspectief gehanteerd dan dat van de schadevergoeding. Het zijn veelal kwalitatieve dieptestudies die proberen te begrijpen hoe het handelsverkeer tussen ondernemers onderling verloopt, hoe geschillen worden opgelost, en welke rol het formele recht daarbij speelt. In het eerste deel van deze bijdrage bespreek ik dit onderzoek. We zullen daarbij zien dat *reputatie* een cruciale factor is in de betrekkingen tussen ondernemingen. Ondernemers komen hun afspraken na omdat ze anders reputatieschade leiden. Met andere woorden, naast de financiële kosten die een schadevergoeding met zich meebrengt, kunnen de kosten van reputatieschade afschrikken en contractbreuk voorkomen. Uit de case-studies destilleer ik condities waaronder dit preventieve effect optreedt.

In paragraaf 3 maak ik de vertaalslag van de bevindingen in de lijn van de *relational theory of contracts* naar de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht. Ik onderzoek in hoeverre het reputatie-effect zich voordoet in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Kort samengevat luidt de vraag hier: Heeft een veroordeling tot het betalen van een schadevergoeding een negatief effect voor de reputatie van een onderneming? In paragraaf vier komt de tweede verklarende factor voor het preventieve effect van schadevergoedingen in beeld: de informatieverspreiding over schadevergoedingen. Het zal duidelijk worden dat in de Nederlandse praktijk met name de informatieverspreiding over de schadevergoedingen een regulerende werking door middel van reputatie-effecten in de weg staat. Ik onderzoek daarom de mogelijkheid om de reputatie-effecten van schadevergoeding te vergroten door negatieve publiciteit hierover, of met andere woorden, *naming and shaming*. Ik bespreek de juridische mogelijkheden om publicatie van schadevergoedingen af te dwingen, en het gebruik daarvan in de praktijk. Ik zal de vraag stellen of een betere benutting van deze mogelijkheden kan bijdragen aan de vergroting van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.

2. Reputatie-effecten van contractbreuk

De "Relational theory of contracts"

Eind jaren vijftig gaf de jonge en nog onervaren jurist Stewart Macaulay het eerstejaars vak Contractenrecht. Toen hij zijn schoonvader, de General Manager van een groot bedrijf, vertelde over de inhoud van het vak, kon deze hem nauwelijks geloven. Deze schoonvader was betrokken geweest bij vele zakelijke geschillen, maar nooit had hij meegemaakt dat hiervoor een juridische oplossing werd gezocht. Macaulay's schoonvader vond dat het contractenrecht zoals zijn schoonzoon dat doceerde, een zeer onjuist beeld gaf van de zakenwereld, en organiseerde voor zijn schoonzoon een reeks gesprekken met bevriende zakenmensen²⁸. Macaulay schreef hierover een artikel dat een van de meest geciteerde publicaties in de rechtssociologie werd, en tot op de dag van vandaag de basis vormt voor een grote hoeveelheid wetenschappelijke onderzoek naar de werking van het contractrecht in

²⁷ Visscher, L.T., *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Diss. Universiteit Rotterdam, 2005, p. 289.

²⁸ Griffiths, J., Inleiding bij het werk van Macaulay, in: *De sociale werking van recht, een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1996, p.69; zie ook Hertogh, M., "Van naleving naar beleving van regels. Bouwwereld en bouwfraude vanuit een rechtssociologisch perspectief", in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J. Polak (red.), *Recht realiseren, bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer, Kluwer, 2005.

de praktijk²⁹. In deze paragraaf beschrijf ik wat we uit dit onderzoek kunnen leren over de preventieve werking van de schadevergoeding.

Macaulay's standpunt, dat hij nog steeds verdedigt, is dat ondernemers in geval van zakelijk conflict slechts zelden een beroep doen op de onderliggende juridische contracten. De volgende citaten uit zijn klassieke publicatie maken duidelijk hoe er binnen de zakenwereld aangekeken wordt tegen het recht. "Als er iets aan de hand is zorg je dat je de ander aan de telefoon krijgt en je lost het probleem op. Je leest geen juridische clausules aan elkaar voor als je ooit weer zaken wilt doen. Je moet je in de zakenwereld fatsoenlijk gedragen: je rent niet naar je advocaat als je mee wilt doen". Een ander stelt: "Je kunt elk geschil regelen als je de juristen en accountants er maar buiten houdt. Die begrijpen nu eenmaal niets van het geven en nemen dat in de zakenwereld nodig is". Juridische procedures worden zelden gevoerd omdat er voldoende alternatieve niet-juridische sancties beschikbaar zijn. De verhoudingen tussen ondernemingen zijn meestal duurzaam, en het belang van de instandhouding van de handelsrelatie weegt vaak zwaarder dan het geschil dat aan de orde is. Dit maakt dat problemen in latere transacties meestal worden rechtgezet. Het risico dat de handelsrelatie wordt beëindigd is volgens Macaulay voldoende als stok achter de deur om oplossingen te bevorderen.

Macaulays werk heeft aan de basis gestaan van een traditie van empirische rechtssociologische studies naar de rol van contracten in het verkeer tussen ondernemingen. Daarnaast zijn er rechtseconomen die mede door deze traditie zijn beïnvloed, maar de weg van de formele analyse kiezen om de handhaving van contractuele afspraken te bestuderen³⁰. De vraag in hoeverre de *relational theory of contracts* een realistisch beeld schetst van de hedendaagse (Amerikaanse) zakenwereld, is tot op de dag van vandaag onderwerp van verhitte debatten tijdens congressen en dergelijke. Macaulay neemt daaraan zelf nog volop deel en wijkt niet van zijn oorspronkelijke standpunt dat contracten voer voor juristen vormen, maar geen doorslaggevende invloed hebben op het gedrag van ondernemers. De meeste wetenschappers zijn echter van mening dat contractuele relaties als een continuum moeten worden beschouwd met meer duurzame, coöperatieve relaties aan de ene kant, en meer individualistische, competitieve relaties aan de andere kant. De vraag die voor ons relevant is, is daarom niet zozeer of Macaulays zienswijze al of niet kan worden gegeneraliseerd, maar *waarom* sommige markten goed functioneren zonder een rechtstreeks beroep te doen op handhaving met juridische middelen. Zowel de rechtseconomische theorievorming op het gebied van de handhaving van het contractenrecht als het empirisch onderzoek in de traditie van de *relational theory of contracts* laten steeds weer zien dat contracten weliswaar de wettelijke verplichtingen van partijen bevatten, maar dat de naleving ervan in belangrijke mate wordt afgedwongen door buitenwettelijke mechanismen. De belangrijkste van die mechanismen is de dreiging van reputatieschade voor degene die zijn afspraken niet nakomt.

Conceptualisering van reputatie-effecten

We kunnen drie typen kosten onderscheiden die kunnen volgen op het niet nakomen van afspraken. In de eerste plaats de kosten van het vergoeden van de schade aan de tegenpartij. Dit is het type kosten waarop in de meeste redeneringen over het mogelijke preventieve effect van schadevergoedingen wordt gedomd: de directe kosten van de schadevergoeding. Macaulays werk wijst er echter op dat transacties tussen ondernemers geen geïsoleerde, eenmalige gebeurtenissen zijn, maar dat ze plaatsvinden in de context van relaties tussen partijen. Transacties in het heden vinden plaats onder invloed van de "shadow

²⁹ Macaulay, S., Non-contractual relations in business: a preliminary study, in: *American Sociological Review*, 28, 1963, pp 55-67.

³⁰ Onder andere Posner, E., *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2000; Bernstein, L., Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions, in: *Michigan Law Review*, jg. 99, nr.7, 2001, pp.1724-1790; Charny, D., "Nonlegal sanctions in commercial relationships", in: *Harvard Law Review*, vol. 104, 1990; Ellickson, R.C., *Order without law, How neighbors settle disputes*, Cambridge, Harvard University Press, 1991. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de twee stromingen ook Hoon, M. de, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2005.

of the past” en de “shadow of the future”³¹. Voor de meeste ondernemers is de mogelijkheid dat ze bij eventuele problemen achteraf schadevergoeding kunnen eisen, niet bepaald een geruststellende gedachte. Zo’n procedure is immers omslachtig, onzeker en duur³². Ondernemers willen over het algemeen problemen voorkomen in plaats van ze achteraf oplossen³³. Daarom doen ze zaken met partners die ze kunnen vertrouwen: partners die de reputatie hebben hun afspraken na te komen (de “shadow of the past”)³⁴. Een reputatie van betrouwbaarheid maakt de kans op toekomstige opdrachten groter; de dreiging om zakenpartners te verliezen vormt een stimulans om afspraken na te komen (de “shadow of the future”). Vanuit dit perspectief wordt duidelijk dat het niet nakomen van afspraken ook indirecte kosten van reputatieschade met zich meebrengt. We onderscheiden twee reputatie-effecten. In de eerste plaats in tweezijdige relaties: het verlies van vertrouwen van de directe handelspartner waardoor men toekomstige opdrachten misloopt. Zeker in grote markten met veel alternatieve beschikbare handelspartners is dit echter geen effectief reguleringsmechanisme. Een veel krachtiger reputatie-effect is mogelijk wanneer ook de relatie met derde partijen in de redenering wordt betrokken. Informatie over niet-nagekomen afspraken kan ook derde partijen bereiken – huidige of potentiële handelspartners. Dat maakt dat op contractbreuk “*third party sanctions*” staan in de vorm van gemiste potentiële handelsovereenkomsten met derden. Een geschonden afspraak met één partij vertaalt zichzelf dan meteen naar een geschonden afspraak met alle partijen op de markt.

Samenvattend kunnen we drie typen kosten onderscheiden van het niet-nakomen van afspraken. In de eerste plaats de kosten van de te vergoeden schade. In de tweede plaats de kosten van gemiste toekomstige opdrachten van de directe handelspartij. Dit noem ik het tweezijdige reputatie-effect. In de derde plaats het driezijdige reputatie-effect van gemiste toekomstige opdrachten van derden.

Het driezijdige reputatie-effect is het meest krachtig, maar stelt hoge eisen aan de informatie-uitwisseling tussen partijen. Partijen moeten er immers van op de hoogte raken als anderen hun afspraken niet nakomen. Sommige markten bieden hiervoor betere condities dan andere³⁵. In de traditie van Macaulay zijn daarom diverse *case studies* verricht van markten waar krachtige reputatie-effecten bestaan, om te onderzoeken welke kenmerken van deze markten hiertoe bijdragen. Ik geef hier twee voorbeelden van deze markten.

Twee voorbeelden

Een eerste voorbeeld is de katoenmarkt in de zuidelijke staten van de Verenigde staten Bernstein³⁶. De katoenhandel kenmerkt zich door onderling vertrouwen. Zoals een handelaar vertelt: “Millions of dollars of business will be done on the basis of a thirty-second phone call”. De prijzen zijn wisselvallig; de kwaliteitsbeoordeling van katoen is in hoge mate subjectief. Deals worden meestal mondeling, zelfs telefonisch gesloten, pas later wordt de partij bekeken en het contract schriftelijk vastgelegd. Vanwege deze kenmerken van de katoenhandel is het cruciaal dat katoenhandelaren beschikken over een reputatie van betrouwbaarheid op het gebied van tijdige levering, tijdige betaling, flexibiliteit, en zekerheid dat de gevraagde kwaliteit wordt geleverd. De handelsverenigingen voor katoenhandelaren hebben daarom een aantal mechanismen gecreëerd om reputatie-informatie actief te verspreiden. Zo houdt de handelsvereniging een register bij van reputatie-informatie. Lidmaatschap van de

³¹ Kamann, D.F., C. Snijders, F. Tazelaar & D. Welling, “The ties that bind: buyer-supplier relations in the construction industry”, in: *Journal of purchasing and supply management*, 12, 2006, p.28-38.

³² Barendrecht, M., & P. Kamminga, *Toegang tot recht: de lasten van een uitweg, bijlage bij RMO-advies 32, Toegang tot recht*, Tilburg, augustus 2004, p.156..

³³ Johnston, J.S., “Should the Law Ignore Commercial Norms? A Comment on the Bernstein Conjecture and Its Relevance for Contract Law Theory and Reform”, in: *Michigan Law Review*, Vol. 99, No. 7, juni 2001, pp. 1791-1810.

³⁴ Misztal, B.A., *Trust in modern societies: the search for the bases of social order*, Cambridge, Polity Press, 1996, p.121.

³⁵ Charny, D., “Nonlegal sanctions in commercial relationships”, in: *Harvard Law Review*, vol. 104, 1990, p.418.

³⁶ Bernstein, L., Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions, in: *Michigan Law Review*, jg. 99, nr.7, 2001, pp.1724-1790.

handelsvereniging vereist het melden van overtredingen van handelspartners aan de vereniging opdat dit register gevuld blijft. Namen van overtreders worden gepubliceerd, en ernstige overtreders worden uit de handelsvereniging verwijderd. Dit is “meestal de doodsteek voor je handel”. Tot slot dragen een actieve handelspers en gespecialiseerde handelsbanken, bij aan de informatieverspreiding over de betrouwbaarheid van handelaren. Naast deze meer formele mechanismen, zijn er ook informele mechanismen om de uitwisseling van informatie tussen handelaren onderling te faciliteren. Die informele mechanismen zijn er vooral op gericht om de verbinding tussen zakelijke en persoonlijke relaties in stand te houden. De katoenhandel is een hechte gemeenschap, niet alleen in zakelijk maar ook in sociaal opzicht. Het feit dat de handel geografisch is geconcentreerd in Front Street in Memphis in “the Old South” van de VS draagt hier al toe bij. Handelaren vertellen: “Front Street is net een naaikransje. Het is erger dan een stel oude wijven. Elke serieuze overtreding is er binnen een dag bekend”. Daarnaast organiseren de handelsverenigingen allerlei sociale evenementen waardoor de katoenhandelaren een gemeenschap blijven en ook hun families worden betrokken: een jaarlijks debutantenbal, carnaval (“Memphis Mardi Gras”), een Cotton Wives club met een eigen blad “Cotton Tales”, golftoernooien, etcetera.

Een tweede voorbeeld van een markt waarin het effectieve reputatiesancties worden opgelegd, is de diamanthandel in New York³⁷. Aangezien diamanthandel meestal op krediet plaatsvindt, diamanten door ontelbare tussenpersonen en –handelaren worden bekeken en beoordeeld voor ze hun uiteindelijke afnemer bereiken, en er een bloeiende zwarte markt voor gestolen diamanten bestaat, is er onder diamanthandelaren een enorme behoefte aan informatie over de betrouwbaarheid van handelspartners. New York Diamond Dealers Club (DCC) voorziet in deze behoefte. Deze handelsvereniging annex beurs is gevestigd in 47th Street in Manhattan, waar 95% van de diamanthandel in de VS plaatsvindt. Lidmaatschap van de DCC biedt handelaren diverse voordelen. In de eerste plaats een zwaar beveiligde handelsruimte. Ten tweede heeft de DCC het monopolie op reputatie-informatie: er is een verplicht arbitragestelsel, en leden die hun toevlucht zoeken tot formele rechtspraak krijgen een boete of worden geroyeerd. De wijze van verspreiding van reputatie-informatie op deze beurs is verrassend eenvoudig voor een markt waarin 30 miljard dollar per jaar omgaat: op de beursvloer is een muur waarop alle relevante informatie over de betrouwbaarheid van leden van de beurs wordt weergegeven³⁸. Van kandidaat-leden wordt gedurende tien dagen een foto aangeplakt waarbij ieder ander lid op- en aanmerkingen over de reputatie van de kandidaat kan aangeven. Uitspraken van de arbitragecommissie van de beurs worden op de muur gepubliceerd en partijen die hun schulden niet hebben afgelost worden met een foto – enigszins gelijkend op een “wanted” poster – afgebeeld. Het is duidelijk dat handelaren tot elke prijs zullen willen voorkomen dat hun foto op de muur kan worden aangetroffen. Naast deze muur, is de beursvloer ook een fysieke plaats waar handelaren de laatste nieuwtjes met elkaar uitwisselen, referenties vragen over potentiële zakenpartners, en reputatie-informatie snel wordt verspreid. En tot slot treffen we ook hier een vermenging van zakelijke en persoonlijke relaties aan: 85 tot 90% van de leden van de DDC zijn joods, veel handelaren zijn generaties lang in het vak, en familie- en gemeenschapsbanden zijn sterk.

Dit zijn twee voorbeelden van markten waarin de nakoming van afspraken redelijk effectief wordt gereguleerd door een systeem van reputatiesancties. In deze markten weten ondernemers die contractbreuk plegen of zich anderszins niet aan de afspraken houden, dat ze niet alleen de veroorzaakte schade zullen moeten vergoeden, maar ook toekomstige opdrachten van de betreffende handelspartner én van derden zullen mislopen. Alle drie de onderscheiden kosten van contractbreuk komen dus voor. Dat betekent natuurlijk niet dat conflicten en contractbreuk nooit voorkomen, maar wel dat van de dreiging van reputatieschade een sterk preventief effect uitgaat. In deze markten biedt de dreiging van reputatieverlies in de meeste gevallen voldoende prikkel om de nakoming van afspraken af te dwingen en ontstane geschillen te beslechten. Die prikkel is zelfs zo sterk, dat het recht buitenspel komt te staan of, zoals in het geval van de DCC, zelfs actief buitenspel wordt gezet. In het navolgende zullen we uit deze casus enkele algemene kenmerken afleiden.

³⁷ Richman, B.D., How community institutions create economic advantage: jewish diamond merchants in New York, in: *Law & Social Inquiry*, vol. 31, nr. 2, 2006.

³⁸ Ook de Antwerpse diamantbeurs kent een dergelijke publicatie.

Conditie voor preventie door de dreiging van reputatieschade

In markten waarin een krachtig systeem van reputatiesancties functioneert zoals hierboven beschreven, zien we steeds weer de volgende condities.

In de eerste plaats gaat het om markten waarin vertrouwen bepalend is voor de totstandkoming van handelsbetrekkingen, en waarin de reputatie, dat wil zeggen de geloofwaardigheid dat een partner zich aan de afspraken zal houden, van belang is voor totstandkoming van betrekkingen. Cruciaal in de hier beschreven markten is dat de ondernemers problemen willen voorkomen in plaats van achteraf via een ingewikkelde juridische procedure willen oplossen. Ze willen geen schadevergoeding, maar schade voorkomen. Dat vormt een prikkel voor handelspartners om actief op zoek gaan naar reputatie-informatie en hierover informatie uit te wisselen.

In de tweede plaats betreft het hier kleine, gesloten, homogene markten, met een lange traditie en veelvuldige transacties. In de twee casus treffen we geografische concentratie aan in één straat, en de New Yorkse Diamantbeurs is een letterlijk voorbeeld van geslotenheid. Die concentratie draagt ertoe bij dat partijen elkaar voortdurend tegenkomen, en informatie uitwisselen over potentiële handelspartners.

Een derde kenmerk van dit soort markten is dat er een georganiseerd informatiecircuit is waarbinnen reputatie-informatie wordt uitgewisseld. Er is een officieel kanaal waarin overtredingen worden gepubliceerd, en ook een actieve handelspers. Met andere woorden: er is sprake van naming en shaming, het aan de schandpaal nagelen van overtreders. De instantie die hiertoe door de branche is aangewezen is een autoriteit die gezaghebbend optreedt.

Ten vierde is kenmerkend voor dit soort markten de vermenging van zakelijke en persoonlijke relaties en een sterke vorm van sociale controle binnen de gemeenschap. Reputatiesancties kennen daardoor een sterke sociale inbedding: ze beschadigen niet alleen de economische positie van de handelaar maar ook de sociale positie van hemzelf en zijn gezin in de gemeenschap. Zelfs ontstaat uit de beschreven casus de indruk dat de naleving van zakelijke afspraken een morele verplichting is: het nakomen van afspraken is een kwestie van eer, het schenden ervan zal leiden tot een verlies van respectabiliteit. "Shaming" dus in de letterlijke zin van het woord.

3. Bestaat het reputatie-effect in het Nederlandse handelsverkeer tussen ondernemingen?

In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre de dreiging van schadevergoeding preventief werkt in het handelsverkeer tussen ondernemingen. Laten ondernemingen zich afschrikken door de kans dat ze bij contractbreuk of wanprestatie een schadevergoeding moeten betalen, en wat bepaalt of dat effect optreedt? In de inleiding is geconcludeerd dat er in theorie van de schadevergoeding een preventief effect mag worden verwacht, maar dat hierover twijfels bestaan en dat empirische kennis schaars is. Daarom is in paragraaf twee van deze bijdrage het preventieve effect theoretisch uitgewerkt op basis van rechtssociologische literatuur. We hebben daarbij drie kosten van contractbreuk onderscheiden: de kosten van de te vergoeden schade; tweezijdige reputatieschade (gemiste toekomstige opdrachten van de directe handelspartij); en driezijdige reputatieschade (gemiste toekomstige opdrachten van derden). De sterkste vorm van preventie vindt plaats als er een dreiging is van reputatieschade doordat ook derden gevolgen verbinden aan contractbreuk.

In deze paragraaf onderzoek ik welke vorm van preventie optreedt in het Nederlandse handelsverkeer tussen ondernemingen. Ondervindt een onderneming die veroordeeld wordt tot het betalen van schadevergoeding daarvan nog meer gevolgen dan de directe kosten? Levert dit ook schade op in de relatie met de tegenpartij of zelfs met derden? En, als meest vergaande mogelijkheid: heeft de schadevergoeding een morele dimensie, oftewel, is het een schande om te moeten betalen?

Recent en Nederlands empirisch onderzoek naar geschilgedrag van ondernemingen is schaars. De weinige studies die er zijn, passen echter in de lijn van de relational theory of

contracts. Zo trekt Hertogh een parallel tussen de zakenwereld zoals die door Macaulay wordt geschetst, en de verhoudingen in de Nederlandse bouwwereld, zoals die naar voren kwamen in de Parlementaire enquête Bouwnijverheid. De Nederlandse bouwondernemers spreken over het recht in dezelfde bewoordingen als hun Amerikaanse collega's in het onderzoek van Macaulay: "Als juristen de baas worden in ondernemersland, dan worden er geen deals meer gemaakt", stelt bijvoorbeeld de voormalig bestuursvoorzitter van aannemer Heijmans. De directeur van Ballast Nedam Infra merkt op: "Stel dat wij met drie advocaten achter elkaar de contracten moeten tekenen! Er moet toch een stuk vertrouwen zijn naar elkaar toe. Wij moeten weten wat wij met elkaar aan het doen zijn" ³⁹.

Ook de juridische studie van De Hoon naar commerciële relaties schetst een beeld dat overeenstemt met dat van Macaulay. Haar studie beschrijft conflictsituaties tussen contractspartijen met een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dergelijke duurzame en complexe samenwerkingsrelaties is het vrij normaal dat aan beide kanten bepaalde afspraken niet volledig nagekomen worden. Dit leidt in de meeste gevallen niet tot grote problemen: ook hier is het een kwestie van er in onderling overleg uitkomen. In deze langdurige samenwerkingsrelaties ontstaan na verloop van tijd patronen die afwijken van de contractuele regels die bij aanvang van de samenwerking zijn opgesteld. Daarmee raakt het contract in de dagelijkse handelspraktijk op de achtergrond. Als een conflict escaleert of de relatie wordt beëindigd, is het dan ook de vraag of het wel redelijk is om zich op het oorspronkelijke contract te beroepen. Rechters kijken daarom niet alleen naar het contract, maar houden ook rekening met de omstandigheden van het geval en met uit het gedrag gerezen verwachtingen ⁴⁰.

Een van de weinige Nederlandse grootschalige empirische studies in de traditie van Macaulay is dat van Rooks naar inkooptransacties ⁴¹. In deze studie blijft het gedachtengoed van Macaulay overeind: niet-juridische sancties zoals het beëindigen van een relatie of het passeren van een leverancier voor een latere transactie, worden in de hedendaagse zakenrelaties veel vaker toegepast dan het eisen van schadevergoeding. Rooks bestudeerde het verloop van 1252 transacties. In 902 transacties ontstonden op een of andere manier problemen. Slechts 43 keer werd daarbij schadevergoeding gevorderd. Transacties in sectoren waarin afnemers en leveranciers frequent en intensief contact hebben, leveren minder problemen op dan transacties in sectoren waarin minder contact is. In het eerste geval kunnen problemen in latere transacties worden rechtgezet, of is het belang van instandhouding van de relatie voldoende groot om een oplossing te vinden bij conflicten. In verreweg de meeste gevallen was contact en overleg dan ook voldoende om het probleem te verhelpen, of liet men het er daarna bij zitten zonder maatregelen te nemen. "Geven en nemen" is ook in deze studie dus een goede beschrijving van de realiteit. In ernstiger gevallen komt ook de niet-juridische sanctie van het beëindigen van de handelsrelatie veel voor: In driekwart van de gevallen waarbij het conflict tussen afnemer en leverancier vergaand was geëscaleerd, werd de leverancier voor latere transacties gepasseerd. Deze resultaten worden bevestigd in een studie van Kamann et al naar transacties in de bouw ⁴². In deze studie werd duidelijk dat problemen minder snel escaleren als partijen verwachten in de toekomst nog met elkaar samen te werken, met name als deze samenwerking tussen de betrokken individuen (in plaats van de organisaties) zou plaatsvinden.

³⁹ Hertogh, M., Van naleving naar beleving van regels. Bouwwereld en Bouwfraude vanuit een rechtssociologisch perspectief, in: Barkhuysen, T., W. den Oudsten & J. Polak, *Recht realiseren, Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer, Kluwer, 2005, pp. 56-57.

⁴⁰ Hoon, M. de, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2005, pp. 7-9 en 106.

⁴¹ Rooks, G., *Contract en conflict, strategisch management van inkooptransacties*, Diss. Universiteit Utrecht, 2002.

⁴² Kamann, D.F., C. Snijders, F. Tazelaar & D. Welling, "The ties that bind: buyer-supplier relations in the construction industry", in: *Journal of purchasing and supply management*, 12, 2006, p.28-38.

Een andere studie in deze traditie is die van Jettinghof naar de beheersing van geschillen in relaties tussen bedrijven, onder de veelzeggende titel "Het komt zelden voor"⁴³. Jettinghof vergeleek drie markten: de kunststofverwerking, de bouw, en het wegtransport. Ook in deze studie wordt duidelijk dat ondernemers waar mogelijk de escalatie van geschillen voorkomen door duurzame relaties aan te gaan. Deze relaties voorkomen op verschillende manieren dat geschillen escaleren (tot juridische procedures). In de eerste plaats kiezen ondernemers betrouwbare partners. Ten tweede worden met deze partners langdurige relaties aangeknoopt, waarin men de tijd heeft om producten en werkwijzen af te stemmen op de wensen van de klant. Als er ondanks deze voorzorgsmaatregelen toch conflicten ontstaan, biedt de relatie mogelijkheden genoeg om deze in overleg op te lossen.

Overigens blijken er wel verschillen te bestaan tussen de drie onderzochte markten. Relationele oplossingen komen het makkelijkst tot stand in de kunststofverwerking en het wegtransport, waar door de aard van de activiteiten en producten duurzame relaties mogelijk zijn. In de bouw echter bestaat veel grotere onzekerheid over de uit te voeren projecten. Als een grote opdracht onverwachts doorgaat, moeten op stel en sprong onderaannemers worden ingehuurd. Niet altijd kan men daarbij een beroep doen op vertrouwde contacten. In deze sector wordt daarom actiever reputatie-informatie ingewonnen en uitgewisseld: sommige aannemers houden bijvoorbeeld een zwarte lijst bij van onderaannemers met wie ze slechte ervaringen hebben. Ook worden veel uitgebreidere contracten opgesteld (bestekken) en is er vaker behoefte aan conflictoplossing via juridische procedures. Die worden overigens niet altijd daadwerkelijk gestart omdat vanwege de lange doorlooptijd geen snelle oplossing kan worden geboden.

Om het bestaan van reputatie-effecten goed te onderzoeken, zouden we eigenlijk een selectie van schadevergoedingszaken tussen ondernemingen onder de loep moeten nemen en hun effecten op de reputatie van de betrokken ondernemingen moeten onderzoeken⁴⁴. Er zijn echter zeer beperkt rechterlijke uitspraken beschikbaar over schadevergoedingen tussen ondernemingen onderling. Het lijkt betrekkelijk weinig voor te komen dat ondernemingen onderling schadevergoeding van elkaar eisen, althans bij de rechter. Dit komt deels overeen met het beeld dat in de hierboven beschreven studies wordt geschetst, namelijk dat er in relaties tussen ondernemingen voldoende effectieve niet-juridische mogelijkheden zijn om geschillen op te lossen. Wat zeker ook aan zal bijdragen aan het geringe aantal rechtszaken is het brede scala aan buitengerechtelijke geschilprocedures in Nederland, zoals klachtencommissies, arbitrage, en geschillencommissies. Deze zijn vaak speciaal door branches in het leven geroepen en bieden daardoor geschilbeslechting op maat. De meeste van deze procedures kennen een zeer hoge filterwerking: slechts in enkele procenten wordt na het buitengerechtelijk traject nog een juridische procedure gestart⁴⁵. Naast het feit dat ondernemers in veel gevallen de voorkeur geven aan niet-juridische oplossingen, is een verklaring voor het geringe aantal rechtszaken dat ondernemers in geval van een juridische oplossing de voorkeur geven aan een schikking boven een rechtszaak. Een schikking blijft binnenskamers, en men houdt schadevergoedingen het liefst buiten de openbaarheid. Uit het feit dat schadevergoedingen het liefst in de beslotenheid van een schikking tot stand worden gebracht in plaats van in openbare rechtszaken, kunnen we afleiden dat ondernemers het niet prettig vinden als er publiciteit wordt gegeven aan schadevergoedingen. Dit gegeven vormt op zich een indicatie voor het feit dat de schadevergoeding reputatie-effect bij derden heeft.

⁴³ Jettinghof, A., *Het komt zelden voor, Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven*, Diss. Universiteit Maastricht, 2001.

⁴⁴ In het strafrecht is op dergelijke wijze onderzoek gedaan naar de preventieve werking van boetes op milieu-overtredingen door ondernemingen: Gunningham, N., R.A. Kagan & D. Thornton, "General Deterrence and Corporate Environmental Behavior", in: *Law and Policy*, vol.27, no.2, 2005, pp.262-288.

⁴⁵ Erp, J.G. van, & C.M. Klein Haarhuis, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures, een verkennend onderzoek*, Den Haag, WODC, 2006. Zie ook Blankenburg, E., "The infrastructure for avoiding civil litigation: comparing cultures of legal behavior in the Netherlands and West Germany", in: *Law & Society Review*, vol. 28 no.4, 1994, pp.789-808.

Concluderend: de *relational theory of contracts* voorspelt dat ondernemers in geval van zakelijk conflict slechts zelden een juridische oplossing zoeken. Oplossingen worden eerder in de relationele sfeer gezocht: “geven en nemen”, en zonodig de relatie beëindigen. Het beperkte Nederlandse onderzoek dat op dit terrein is gedaan, is in lijn met deze theorie. Uit dit onderzoek ontstaat echter ook de indruk dat de reputatie-effecten die optreden voornamelijk tweezijdig zijn. Het onderzoek geeft niet direct aanwijzingen dat het niet nakomen van afspraken ook negatief afstraalt op de relatie met derde partijen. Dat driezijdige reputatie-effect kan dan ook alleen optreden als informatie over schadevergoedingen wordt verspreid. Dat onderwerp wordt behandeld in de volgende paragraaf.

4. Informatieverspreiding over schadevergoedingen

Een belangrijke voorwaarde voor *driezijdige* reputatie-effecten is dat informatie over schadevergoedingen verspreid wordt in de markt. In deze paragraaf staat de vraag centraal op welke wijze dat gebeurt in het Nederlandse handelsverkeer. Is het algemeen bekend als een onderneming schadevergoeding moet betalen? Hoe wordt informatie over schadevergoedingen gepubliceerd? In deze bijdrage kan ik slechts een verkennend beeld schetsen op basis van het beperkte empirisch onderzoek dat is gedaan, de jurisprudentie, en enkele gesprekken die in het kader van deze bijdrage zijn gevoerd. Gezien het exploratieve karakter van deze bijdrage is het hier geschetste beeld bovendien nogal algemeen en ontbreken de mogelijkheden om goed onderscheid te maken naar deelmarkten. Het empirisch deel van deze bijdrage moet daarom eerder worden beschouwd als een aanzet tot verder onderzoek, dan als een afgerond geheel.

Ondernemers lossen hun problemen liever in onderling overleg op dan ze in de openbaarheid te brengen. Als het al zover komt dat schadevergoeding wordt gevorderd, geven ondernemers de voorkeur aan een schikking boven een rechtszaak, omdat de schikking achter gesloten deuren blijft. Geheimhouding is vaak zelfs een expliciete voorwaarde van de schikking, op straffe van een boete. Het zal duidelijk zijn dat de informatieverspreiding over schadevergoedingen hierdoor ernstig wordt bemoeilijkt. Van *naming en shaming* lijkt over het algemeen geen sprake.

Toch zijn er verschillende manieren waarop schadevergoedingen in de openbaarheid komen. Allereerst wordt er over schadevergoedingen gepubliceerd in de pers. In de landelijke pers gebeurt dit slechts bij uitzondering. In het kader van deze bijdrage is een inventarisatie gemaakt van berichten over schadevergoedingen in het Financieel Dagblad over de periode 2006 – september 2007. Er werden 331 artikelen gepubliceerd over schadevergoedingen. Het leeuwendeel hiervan gaat over schadevergoedingen waarbij de overheid is betrokken, bijvoorbeeld waarin ondernemingen de overheid aansprakelijk stellen of andersom. Als wordt gepubliceerd over schadevergoedingen tussen ondernemingen, betreft het vooral multinationals of internationale conflicten. Wat betreft Nederlandse bedrijven onderling, domineert in de berichtgeving de schadevergoeding die het bedrijf Chipshol eist van Schiphol. Over deze geruchtmakende en slepende zaak waarin Chipshol ook nadrukkelijk de media opzoekt, publiceerde het FD veertien maal. Over andere schadevergoedingszaken berichtte het FD in totaal drie maal. Een bericht ging over een schikking tussen Philips en Heineken over de thuistap, een bericht over het afblazen van een joint venture tussen PCM en financier Marcel Boekhoorn, en een bericht over een schikking tussen D-reizen en textielketen Henk ter Hoor over een t-shirt met de opdruk “Costa del Snol”. Uit de onderwerpen van deze berichten zouden we kunnen afleiden dat zelfs in een gespecialiseerd medium als het Financieel Dagblad, met name over landelijk bekende bedrijven of ondernemers of anderszins in het oog springende zaken worden gepubliceerd.

In een enkel geval geven ondernemingen zelf actief bekendheid aan schadevergoedingen door een persbericht. Dat geldt niet alleen voor de eisers, zoals in de Chipshol-zaak, maar opvallend genoeg ook voor gedaagden. Zo verspreidde supermarktconcern Laurus een persbericht (3 augustus 2007) dat er door het bedrijf Perfect Finishing 6,9 miljoen euro schadevergoeding was geëist. Laurus liet weten deze vordering te betwisten en meldde dat de vordering geen negatieve gevolgen had voor de dagelijkse bedrijfsvoering van Laurus.

Ook door rechterlijke uitspraken wordt bekendheid gegeven aan schadevergoedingen. Binnen het juridische domein worden veel uitspraken gepubliceerd op rechtspraak.nl, in jurisprudentie-registers en vaktijdschriften. Hoewel we hieruit niet zonder meer mogen afleiden dat deze uitspraken ook bekend raken bij alle ondernemers die zakenrelaties met

elkaar aangaan, mogen we ervan uitgaan dat ondernemingen met gespecialiseerde bedrijfsjuristen actief de jurisprudentie bijhouden. Op grond van artikel 6:103 BW zou ook een actievorm van openbaarmaking van de schadevergoeding kunnen worden gevorderd. Dit artikel bepaalt dat de schadevergoeding naast een materiële genoegdoening, ook andere vormen van genoegdoening kan omvatten, zoals een bevel tot rectificatie van een onwaar bericht, een bevel tot doorhaling van een inschrijving in een openbaar register, óf – en daar gaat het hier om – een bevel tot publicatie van het vonnis. Op grond van dit artikel zou het bijvoorbeeld mogelijk zijn om de toebrenger van de schade te verplichten een advertentie te plaatsen waarin hij de veroordeling tot schadevergoeding bekend maakt. Van dit artikel wordt in de praktijk echter nauwelijks gebruik gemaakt om schadevergoedingen te publiceren. Een zoektocht in Nederlandse Jurisprudentie 1995-2007 leverde één uitspraak op, die echter geen betrekking had op het handelsverkeer tussen ondernemingen⁴⁶. Dat publicatie van het vonnis zo weinig wordt gevorderd in schadevergoedingszaken, kan wellicht worden verklaard door het feit dat de inzet van het geding primair het verkrijgen van schadevergoeding dan wel herstel is. Alles wat er aanvullend gevorderd wordt, maakt de zaak meer gecompliceerd en kwetsbaar. Als er al een juridische procedure wordt gevoerd, zal een onderneming de omvang en complexiteit van het geding trachten te beperken om de succeskans te verhogen en proceskosten te reduceren. Vaak wordt bijvoorbeeld alleen een procedure gestart om de hoogte van de schadevergoeding vast te stellen, en worden de overige aspecten in de onderhandelingen buiten de rechtszaal afgehandeld. Voor een betrokken partij is er ook geen direct voordeel te behalen aan de publicatie, behalve misschien een gevoel van genoegdoening. Een advocaat merkt bijvoorbeeld op dat publicatie zou kunnen bijdragen aan een grotere bekendheid van rechterlijke uitspraken, wat zou kunnen leiden tot eerdere overeenstemming in toekomstige zaken, ook vóór de fase dat gespecialiseerde advocaten worden ingeschakeld. Op die manier zou publicatie de nakoming van afspraken kunnen bevorderen en dus het beoogde preventieve effect kunnen hebben⁴⁷.

Het burgerlijke recht kent nog enkele andere mogelijkheden tot openbaarmaking van vonnissen. De meest bekende daarvan is natuurlijk de verplichting tot rectificatie bij onjuiste of misleidende publicaties. Rectificatie wordt vaak toegepast als een materiële schadevergoeding onvoldoende herstel en genoegdoening kan bieden, zoals bij aantasting van iemands goede naam. De grondslag hiervoor is artikel 6:167 BW (rectificatie van onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard). Rectificatie treffen we voornamelijk aan in de sfeer van publiciteit over (bekende) personen. In het handelsverkeer tussen ondernemingen treffen we de rectificatie geregeld aan bij misleidende of onjuiste vergelijkende reclame. De grondslag hiervoor is art. 6:196 BW. Ook in deze vorm heeft rectificatie eigenlijk geen verband met de publicatie van schadevergoedingen. Het gaat niet om een bestaande handelsrelatie die wordt geschonden, maar om partijen die geen contractpartner van elkaar zijn.

Een andere vorm van openbaarmaking treffen we wel aan bij de schending van auteurs- of merkenrecht. De onderneming die het auteursrecht heeft geschonden, wordt dan verplicht haar klanten een brief te sturen waarin ze bekend maakt dat ze het product niet had mogen aanbieden en dat ze het moet terugnemen. Een voorbeeld van zo'n verplichting is de brief die muziekproducent Ramshorn uit Heemstede moest sturen toen dit bedrijf inbreuk had gemaakt op het merkenrecht van rapper Eminem⁴⁸. Onder de titel "The All stars: Eminem greatest hits" had Ramshorn een cd op de markt gebracht waarop nummers van Eminem, zonder diens toestemming, door andere artiesten werden gecovered. Eminem betoogde dat hier sprake was van misleiding, omdat op de cd-hoes de indruk werd gewekt dat Eminem deze nummers zelf uitvoerde. Ramshorn werd verplicht aan alle afnemers de volgende brief te sturen:

"Mijne dames, heren

⁴⁶ NJ 2002/78, Hof Den Bosch, 20 maart 2001. Deze vordering was ingesteld door iemand die was bestolen van een dure Kawasaki-motor, en van de (reeds veroordeelde) dief eiste dat deze de naam van de koper van de motor bekend maakte. De bestolene wilde namelijk bij deze koper, die hij beschuldigde van heling, verhaal halen.

⁴⁷ Interview advocaat gespecialiseerd in milieuprivaatrecht, 2 november 2007.

⁴⁸ Rechtbank Den Haag, KG 04/621, 15 juli 2004. Een ander voorbeeld van een dergelijke verplichte openbaarmaking vinden we in de zaak KPN – Denda international inzake de NL-info –CD, een alternatieve CD-foongids (LJN AA 8920, Rechtbank Almelo, o.a. 6 december 2000).

Wij hebben aan u geluids- en/of beeld dragers geleverd met opnames van EMINEM. De voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage heeft ons bij vonnis van 15 juli 2004 verboden de distributie van deze producten voort te zetten omdat daardoor inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de artiest EMINEM. Wij verzoeken u vriendelijk doch zeer dringend om deze producten onmiddellijk uit de verkoop te nemen en alle bij u aanwezige door ons geleverde exemplaren van deze producten per ommegaande aan ons te retourneren. Wij zullen u dan onmiddellijk de volledige aankoop prijs en de verzendkosten vergoeden”.

We mogen aannemen dat een dergelijke brief de reputatie van Ramshorn niet ten goede komt.

Een laatste vorm van openbaarmaking vinden we in het recht omtrent algemene voorwaarden. Bepaalde bedingen in algemene voorwaarden van een leverancier kunnen door de rechter als onredelijk bezwarend worden aangemerkt. Een van de gevolgen die de rechter hieraan kan verbinden is de veroordeling tot het openbaar maken van de uitspraak (art.6: 241 lid 3 sub c). Ook deze vorm van publicatie is zeldzaam, maar recent opgelegd in een conflict tussen computerfabrikant en -leverancier Dell en computergebruikersvereniging HCC over de algemene voorwaarden van Dell⁴⁹. HCC had deze zaak aangespannen omdat zij het onredelijk vond dat kopers van een Dell-pc de volledige aankoop prijs van computers vóóraf moeten betalen. De rechter stelde HCC in het gelijk. Dell werd in deze zaak niet alleen veroordeeld tot het wijzigen van de algemene voorwaarden, maar ook tot het plaatsen van een advertentie in vier landelijke dagbladen met de mededeling dat deze voorwaarden onredelijk bezwarend waren voor consumenten. De advocaat van HCC stelt in een mondelinge toelichting dat hij de publicatie had gevorderd in de verwachting dat dit een extra pressiemiddel zou vormen om een minnelijke regeling af te dwingen. In theorie zou de publicatieplicht volgens hem ook kunnen worden gevorderd als een middel om een onderneming extra te treffen en de consument op de hoogte te stellen. Dell beschouwde dit kennelijk ook zo, want maakte bezwaar tegen de vordering omdat de onderneming door de publicatie schade zou lijden. Volgens de advocaat van HCC moet deze schade beperkt zijn gebleven omdat de advertentie zeer beknopt was en feitelijk alleen verwees naar de uitspraak op rechtspraak.nl. “Een wassen neus”, zo betitelt deze advocaat de publicatie in dit geval dan ook⁵⁰.

5. Conclusie

Van strafrechtelijke sancties nemen we als vanzelfsprekend aan dat ze, naast het doel van bestraffing, ook generale preventie bewerkstelligen. Een boete die wordt opgelegd aan een overtreder, zal ook anderen afschrikken van het plegen van een dergelijke overtreding. In het privaatrecht is preventie veel minder vanzelfsprekend. Schadevergoedingen, het belangrijkste financiële instrument in het privaatrecht, hebben als belangrijkste functie compensatie van de geleden schade. Toch wordt de schadevergoeding door de meeste auteurs wel een zeker preventief effect toegedicht. De afschrikwekkende werking van de schadevergoeding zou echter onvoldoende zijn om in effectieve preventie te kunnen voorzien. Dit leidt tot pleidooien voor een verbetering van de preventieve werking door een verhoging van de toegekende bedragen.

In deze bijdrage is getracht empirisch inzicht te krijgen in de preventieve werking van de schadevergoeding. Geïnspireerd door de ontwikkeling in het denken over generale preventie in het strafrecht, is daarbij niet alleen gekeken naar de financiële kant van de schadevergoeding. Uit het onderzoek naar generale preventie in het strafrecht is duidelijk geworden dat sancties naast financiële kosten, ook reputatieschade veroorzaken. De dreiging van negatieve publiciteit als gevolg van een boete vormt een veel sterkere prikkel tot naleving dan de boete zelf. Vertaald naar het privaatrecht, leidt dit tot de vraag of schadevergoedingen naast directe kosten ook reputatieschade met zich meebrengen. Reputatieschade zou de preventieve werking van de schadevergoeding kunnen versterken, mits er in de betreffende markt een informatiecircuit bestaat waarbinnen reputatie-informatie effectief wordt verspreid.

⁴⁹ LJN: AT 1762, Gerechtshof 's Gravenhage, 03/1463, uitspraak 22 maart 2005. Overigens had de rechter in een eerder kort geding de vordering tot publicatie afgewezen, omdat Dell had aangegeven door de publicatie schade te lijden en omdat publicatie ook in de hoofdzaak was. NJ 2004/483.

⁵⁰ Bron: telefonisch interview H.E.P. van Geelkerken, advocaat te Venlo, 15 november 2007.

Daarom is in deze bijdrage onderzocht op welke wijze informatie over schadevergoedingen wordt verspreid onder ondernemers.

Op basis van sociaalwetenschappelijk onderzoek naar handelsbetrekkingen door ondernemingen kunnen we concluderen dat de schadevergoeding meer kosten met zich brengt dan alleen de financiële kosten van de te vergoeden schade. Schadevergoedingen hebben ook negatieve effecten voor de reputatie van de onderneming. Naast de directe kosten van de schadevergoeding, heb ik daarom in deze bijdrage twee reputatie-effecten beschreven. Allereerst het tweezijdige reputatie-effect, dat bestaat uit de kosten van misgelopen toekomstige opdrachten met de directe handelspartij. Daarnaast onderscheid ik het driezijdige reputatie-effect van gemiste toekomstige opdrachten van derden. Dit laatste effect is het meest krachtig, maar komt alleen tot stand als derde partijen op de hoogte raken van de veroorzaakte schade. Markten waarin een krachtig systeem van reputatiesancties functioneert, kennen een effectief stelsel voor verspreiding van reputatie-informatie. De beste condities hiervoor treffen we aan in kleine, gesloten en homogene markten, die een informatiecircuit kennen waarbinnen reputatie-informatie actief wordt uitgewisseld. Dit informatiecircuit kent zowel officiële kanalen als meer informele kanalen die voortkomen uit de vermenging van zakelijke en persoonlijke relaties.

Hoe is het gesteld met de preventieve werking van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht? De basis daarvoor is aanwezig: ondernemers vrezen negatieve publiciteit in het kader van schadevergoeding. Schadevergoeding heeft dus een reputatie-effect. Maar waar het vaak aan schort is een effectieve verspreiding van informatie over schadevergoedingen. Het privaatrecht kent diverse bepalingen op grond waarvan publicatie van rechterlijke uitspraken kan worden gevorderd. Daarvan is artikel 6:103 BW direct gerelateerd aan de schadevergoeding. Een frequentere toepassing van dit wetsartikel zou kunnen bijdragen aan een toename van publiciteit over schadevergoedingen. Een beperking van dit wetsartikel is echter dat de toepassing ervan afhankelijk is van de bereidheid van de benadeelde partijen om publicatie van het vonnis te vorderen. Voor individuele ondernemingen is het echter voornamelijk van belang dat ze hun schade vergoed krijgen en zonder langdurige en kostbare procedures hun commerciële activiteiten kunnen voortzetten⁵¹. Het ligt daarom niet voor de hand dat partijen op eigen initiatief de procedure verder compliceren door naast de schadevergoeding, ook nog publicatie van het vonnis te eisen. De baten daarvan komen immers niet henzelf ten goede, maar de derden die hierop actie moeten ondernemen. Alleen als de benadeelde zelf in zijn reputatie is geschaad, zoals bij schending van het merkenrecht, of bij misleidende of onjuiste publicaties, heeft de benadeelde er belang bij om rectificatie of publicatie van het vonnis te vorderen. Uit de zaak HCC-Dell blijkt echter dat het reputatie-effect van openbare rechterlijke vonnissen niet altijd groot hoeft te zijn.

We moeten daarom wellicht niet al te veel verwachten van juridische procedures in individuele zaken. Een kenmerk van markten waarin effectieve regulering door reputatie-informatie plaatsvindt, is nu juist dat er intermediaire organisaties verantwoordelijk zijn voor de verspreiding van reputatie-informatie⁵². Zo kunnen branche-organisaties als informatiemakelaar optreden door een openbaar of besloten register bij te houden. Dat gebeurt nu al diverse branches, zoals in de detailhandel, de uitzendbranche, de horeca, de luchtvaart en de uitzendbranche, waar de branche-organisatie of het bedrijf een register beheert van frauderende werknemers of uitzendkrachten, niet-betalende klanten of agressieve passagiers. Ook de vakpers kan een rol spelen in de verspreiding van reputatie-informatie. Een voorbeeld hiervan is de Reputatie Monitor Bouwbranche, die jaarlijks wordt gepubliceerd door het vakblad Building Business⁵³. In deze monitor worden 57 partijen in de bouw- en vastgoedsector beoordeeld door collega's in de branche. Onder de reputatie-

⁵¹ Hoon, M. de, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2005, p.124.

⁵² Zie J.G. van Erp en T. Brandsen, Maatschappelijke controle als reguleringsmechanisme, Groene stroom zonder wettelijke dwang?, in: B. Dorbeck-Jung en M. Oude Vrielink-van Heffen, Op weg naar bruikbare regulering, themanummer *Recht der Werkelijkheid* 2006, pp. 97-116.

⁵³ W. Laverman, Verrassende winnaars in 4^e Reputatie Monitor, in: *Building Business*, november 2007, pp.12-17.

indicatoren treffen we onder andere indicatoren als “betrouwbaar”, “afpraak is afspraak” en “aanspreekbaar bij problemen”. Ook belangenorganisaties, banken, verzekeraars of de overheid kunnen schadevergoedingen openbaar maken.

Het ligt, kortom, meer voor de hand dat de publicatie van schadevergoedingen op collectief niveau gestalte krijgt dan dat dit via individuele juridische procedures wordt gerealiseerd. Natuurlijk moet er wel draagvlak aanwezig zijn voor een dergelijke vorm van “naming en shaming”. Maar uiteindelijk hebben alle partijen in de branche baat bij een effectieve regulering van hun contractuele afspraken.

Literatuur

Barendrecht, M., & P. Kamminga, *Toegang tot recht: de lasten van een uitweg, bijlage bij RMO-advies 32, Toegang tot recht*, Tilburg, augustus 2004.

Bernstein, L., Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions, in: *Michigan Law Review*, jrg. 99, no.7, 2001, p.1724-1790.

Blankenburg, E., “The infrastructure for avoiding civil litigation: comparing cultures of legal behavior in the Netherlands and West Germany”, in: *Law & Society Review*, vol. 28 no.4, 1994.

Bolt, A.T. & J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, no.48, 1993.

Boom, W. van, *Efficacious enforcement in contract and tort*, Den Haag, Boom, 2006.

Braithwaite, J., *Crime, shame and reintegration*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

Bunt, H.G. van de, *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem, Gouda Quint, 1992.

Charny, D., “Nonlegal sanctions in commercial relationships”, in: *Harvard Law Review*, vol. 104, 1990

Dam, M. van, *Verkeersongevallen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001.

Dunné, J.M. van, *Verbindenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 2001.

Ellickson, R.C., *Order without law, How neighbors settle disputes*, Cambridge, Harvard University Press, 1991

Erp, J.G. van, & T. Brandsen, Maatschappelijke controle als reguleringsmechanisme, Groene stroom zonder wettelijke dwang?, in: B. Dorbeck-Jung & M. Oude Vrielink-van Heffen, *Op weg naar bruikbare regulering*, themanummer *Recht der Werkelijkheid*, 2006.

Erp, J.G. van, & C.M. Klein Haarhuis, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures, een verkennend onderzoek*, WODC cahier 2006-06.

Faure, M., “A selection of empirical socio-economic research with respect to the functioning of legal rules and institutions in Belgium and the Netherlands”, in: *European Journal of Law and Economics*, 11:3, 2001, pp. 207-248.

Griffiths, J., Inleiding bij het werk van Macaulay, in: *De sociale werking van recht, een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1996.

Gunningham, N., R.A. Kagan & D. Thornton, “General Deterrence and Corporate Environmental Behavior”, in: *Law and Policy*, vol.27, no.2, 2005.

- Hartlief, T., "Gij zult handhaven!", in: *Nederlands JuristenBlad*, no.15, 2007.
- Hertogh, M., "Van naleving naar beleving van regels. Bouwwereld en Bouwfraude vanuit een rechtssociologisch perspectief", in: Barkhuysen, T., W. den Oudsten & J. Polak, *Recht realiseren, Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer, Kluwer,, 2005, pp. 51-68.
- Hoon, M. de, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2005.
- Jettinghof, A., *Het komt zelden voor, Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven*, Diss. Maastricht, 2001.
- Johnston, J.S., "Should the Law Ignore Commercial Norms? A Comment on the Bernstein Conjecture and Its Relevance for Contract Law Theory and Reform", in: *Michigan Law Review*, Vol. 99, No. 7, 2001.
- Kagan, R.A. & J.T. Scholz, "The "Criminology of the Corporation" and Regulatory Enforcement Strategies", in: Hawkins, K., and J.M. Thomas (eds.), *Enforcing Regulation*, Boston, Kluwer, 1984.
- Kamann, D.F., C. Snijders, F. Tazelaar & D. Welling, "The ties that bind: buyer-supplier relations in the construction industry", in: *Journal of purchasing and supply management*, 12, 2006.
- Kroeze, M.J., *Bange Bestuurders*, Deventer, Kluwer, 2005.
- Lanier, M.M., & S. Henry, *Essential criminology*, Boulder, Westview Press, 2004.
- Laverman, W., Verrassende winnaars in 4^e Reputatie Monitor, in: *Building Business*, november 2007.
- Lee, M.T., & M.D. Ermann, "Pinto Madness, Flaws in the Generally Accepted Landmark Narrative", in: Ermann, M.D., & R.J. Lundmann, *Corporate and Governmental Deviance, Problems of organizational behavior in contemporary society*, New York, 2002.
- Lindenbergh, S., *Smartengeld*, Deventer, Kluwer, 1998.
- Macaulay, S., "Non-contractual relations in business: a preliminary study", in: *American Sociological Review*, 28, 1963, pp.55-67.
- May, P., "Compliance Motivations, Affirmative and Negative Bases", in: *Law & Society Review*, vol.38, no. 1, 2004.
- Misztal, B.A., *Trust in modern societies: the search for the bases of social order*, Cambridge, Polity Press, 1996.
- Nagin, D.S., "Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-first Century", in: *Crime and Justice*, no.23, 1998
- Posner, E., *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- Richman, B.D., "How community institutions create economic advantage: jewish diamond merchants in New York", in: *Law & Social Inquiry*, vol.31 no.2, spring 2006.
- Rooks, G., *Contract en conflict, strategisch management van inkooptransacties*, Diss Universiteit Utrecht, 2002.
- Simpson, S.S., *Corporate Crime, Law, and Social Control*. New York, Cambridge University Press, 2002.

Spier, J., "Doel en functie van het aansprakelijkheidsrecht", in: Spier, J. T. Hartlief, G. van Maanen & R. Vriesendorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Kluwer, Deventer, 2003.

Verheij, A.J., *Vergoeding van immateriele schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002,

Visscher, L.T., *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatiggedaadsrecht*, Diss.Universiteit Rotterdam, 2005.